

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Instituto de Derecho Parlamentario



TESIS DOCTORAL

La controvertida inconstitucionalidad por omisión legislativa

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Pedro Rodríguez Chandoquí

Director

Francisco Javier García Roca

Madrid, 2017



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

INSTITUTO DE DERECHO PARLAMENTARIO

**LA CONTROVERTIDA INCONSTITUCIONALIDAD POR
OMISIÓN LEGISLATIVA**

MEMORIA DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL GRADO

DE DOCTOR EN DERECHO PRESENTADA POR

Pedro Rodríguez Chandoquí

Bajo la dirección del Prof. Dr. Francisco Javier García Roca.

Madrid, 2015

DEDICATORIAS

A la memoria de mis abuelos Felicita, Silvano, Carmen y Daniel:

Indígenas, quienes no tuvieron la oportunidad de asistir a la “escuela”.
Cuyos recuerdos permanecen imborrables en mi memoria.

A mis padres Ángela y Artemio:

Por todas sus enseñanzas, amor, y cariño. Especialmente por inculcarme los valores de la perseverancia y del trabajo.

LA CONTROVERTIDA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA

Índice

CAPÍTULO I CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS	11
<i>Introducción</i>	<i>11</i>
<i>1. Metodología de la investigación</i>	<i>20</i>
<i>2. Ámbitos y fines del estudio</i>	<i>23</i>
<i>2.1. Un concepto amplio de omisión legislativa</i>	<i>25</i>
<i>2.2. Concepto restringido de omisión</i>	<i>27</i>
<i>3. Tipología de las omisiones</i>	<i>32</i>
<i>3.1. Absolutas y relativas</i>	<i>32</i>
<i>3.2. Formales y materiales</i>	<i>36</i>
<i>3.3. Que afectan o no a derechos fundamentales</i>	<i>36</i>
<i>3.4. Evitables e inevitables</i>	<i>38</i>
<i>4. Recapitulación</i>	<i>41</i>
CAPÍTULO II LA DOCTRINA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA COMO CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD	45
<i>Introducción</i>	<i>45</i>
<i>1. Origen y antecedentes en la antigua Yugoslavia</i>	<i>46</i>
<i>2. Evolución y circulación a Portugal</i>	<i>49</i>
<i>3. Incorporación a la Constitución de Brasil</i>	<i>53</i>
<i>4. Justificación y argumentos para la procedencia como control de la constitucionalidad</i>	<i>57</i>
<i>4.1. La supremacía constitucional</i>	<i>59</i>
<i>4.2. La función transformadora del constitucionalismo social</i>	<i>67</i>
<i>4.3. La fuerza normativa de la Constitución</i>	<i>73</i>

4.4. Mandatos al legislador	76
5. Recapitulación	82
CAPÍTULO III ESBOZO DE UNA TEORÍA A TRAVÉS DEL DERECHO COMPARADO	85
Introducción	85
1. Configuración procesal en el derecho comparado	87
1.1. Legitimación activa o sujeto activo.....	87
1.2. Sujeto pasivo.....	94
1.3. Competencia.....	97
1.4. Objeto de control o supuestos de procedencia	99
1.5. Efectos y cumplimiento de las sentencias.....	103
2. Medidas de reparación o subsanación de la omisión.....	114
2.1. Denuncia ante un órgano superior, recomendación, y llamado de atención	116
2.2. La intimación o requerimiento.....	117
2.3. La cobertura o suplencia.....	120
2.4. El resarcimiento	120
2.5. La compulsión constitucional.....	122
3. Algunas soluciones en los sistemas europeo y americano de derechos humanos	124
3.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	124
a). Derecho a la propiedad privada: artículo 1 protocolo núm. 1	124
b). Derecho a participar en elecciones libres: artículo 3 Protocolo 1	127
c). El derecho a la vida privada y familiar: artículo 8 CEDH	129
3.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	132
a). Caso Yean y Bosiko vs República Dominicana.....	133
b). Asunto Tentación de Cristo	133
c). Opinión Consultiva	135
4. Diálogo entre tribunales.....	137
5. Sentencias Interpretativas.....	140

5.1. Aditivas	143
5.2. Que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad	151
5.3. De postergación de los efectos: inconstitucionalidad diferida o prospectiva	153
5.4. De incompatibilidad.....	154
5.5. De delegación	160
5.6. Apelaciones al legislador y concesión de plazos	161
6. Derechos fundamentales, principio de igualdad y/o no discriminación	164
6.1. Alemania.....	167
6.2. España	169
6.3. Portugal	178
6.4. Sudáfrica.....	178
6.5. Brasil	180
6.6. México	180
7. Recapitulación	182
CAPÍTULO IV LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA: EL SISTEMA FEDERAL DE MÉXICO	187
Introducción	187
1. La ausencia de una teoría general.....	188
2. La necesidad de incorporar esta técnica a la Constitución Federal.....	191
3. Soluciones planteadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	192
3.1. Controversias constitucionales	193
3.2. Acciones de inconstitucionalidad.....	196
3.3. Juicio de amparo	199
3.3.1. Principio “relatividad de las sentencias del Amparo”.....	201
3.3.2. Casos resueltos.....	207
a). Sentencias de invitación al legislador sin concesión de plazos.....	208
b). Sentencias de invitación al legislador con concesión de plazos.....	211
c). Sentencias de amonestación al legislador	224

d). Sentencias aditivas	227
3. 3. Una clasificación de las omisiones según la jurisprudencia de la SCJN.....	232
4. La reforma en el juicio de amparo y las omisiones	238
4. 1. La nueva Ley de Amparo.....	244
5. La reforma en Derechos Humanos.....	246
5.1. Recomendaciones y condenas de México: La Comisión y Corte Interamericana.....	248
6. La doctrina actual de la SCJN: estimación de las omisiones a través de las sentencias interpretativas.....	252
7. Recapitulación	255
CAPÍTULO V LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ESTATAL EN MÉXICO: TLAXCALA, NAYARIT, COAHUILA. EN ESPECIAL CHIAPAS	259
Introducción	259
1. Jurisdicción Constitucional Estatal en México.....	263
1.1. Tlaxcala	264
1.2. Nayarit.....	274
1.3. Coahuila.....	277
2. El Estado de Chiapas a la vanguardia en México: el primer Tribunal Constitucional.....	280
2.1. El modelo previsto.....	282
3. Configuración procesal	286
3.1. Órgano competente.....	286
3.2. Objeto de la inconstitucionalidad	289
3.3. Legitimación para ejercitarla.....	293
a). El Gobernador del Estado.....	296
b). Cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso.....	297
c). Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.....	298
d). Cuando menos el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral	301
3.4. Procedimiento.....	303
3.5. Efectos y cumplimiento de las sentencias.....	307

4. Algunas críticas al modelo Chiapaneco	316
5. Recapitulación	327
CAPÍTULO VI LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO LEGISLADORES SUPLENTE Y PRECARIOS	333
Introducción	333
1. La omisión en la Constitución de Venezuela, y Ecuador.....	338
1.1. Venezuela.....	338
1.2. Ecuador	344
2. México: Los Estados de Veracruz, Chiapas, Coahuila, Querétaro, y el proyecto de reforma de Guerrero	347
2.1. Veracruz.....	347
2.2. Chiapas	348
2.3. Coahuila	349
2.4. Querétaro	350
2.5. Proyecto de reforma del Estado de Guerrero.....	353
3. La tendencia académica en América Latina	355
4. Críticas.....	359
5. Recapitulación	363
CONCLUSIONES	367
BIBLIOGRAFÍA	375
ANEXO: SUMMARY OF THE DOCTORAL THESIS	397
INTRODUCTION	397
RESEARCH DEVELOPMENT	397
CONCLUSIONS	402

CAPÍTULO I CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

Introducción

En el Derecho Comparado al enunciar la *inconstitucionalidad por omisión legislativa*¹, sin duda alguna debemos referirnos a los trabajos de WESSEL —Alemania, en 1952— y MORTATI —Italia, en 1970 y 1972—. Esto nos lleva a entender que el mecanismo ha sido estudiado desde hace varias décadas en Europa².

La figura a estudio también existe en América Latina, y presenta variantes interesantes que motivan la realización de este trabajo. Es así que, el objeto principal de ésta investigación, consistirá en evidenciar la existencia de las *omisiones* en México, tanto en el ámbito federal como

¹ Para abreviar en este trabajo y mencionar a la *inconstitucionalidad por omisión legislativa* utilizaremos los términos: *omisión, omisiones, técnica, mecanismo, figura, herramienta, o instrumento*.

² Véase detenidamente a WESSEL, W. “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, DVBl, cuaderno 6, 15-III-1952, quien es considerado el pionero en el estudio de la omisión legislativa, citado y comentado, entre muchos otros, por AHUMADA RUIZ, M^a Ángeles, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, enero-abril, 1991, Pág. 172, y por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general; Derecho Comparado; el caso español*, Civitas, Madrid, 1998, Págs. 114-115; y más recientemente por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La búsqueda de nuevos cauces de salvaguarda de la constitución: La inconstitucionalidad por omisión”, en *La Justicia Constitucional: Una visión de Derecho Comparado*, tomo I, Dykinson, Madrid, 2009, Págs. 596-597. En Italia el estudio de las omisiones del legislador y su posible control tiene su antecedente más remoto en el trabajo de BRANCA, Giuseppe, “L’illegittimità parziale nelle sentenze della Corte Costituzionale”, en MARANINI, Giuseppe (edit.), *La giustizia costituzionale*, Valechi Editore, Florencia, 1966. Sin embargo, es MORTATI, Costantino, “Appunti per un studio sui remedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, en *Foro Italiano*, 1970, Págs. 154 y 156, quien consagra en este estudio el análisis de los remedios jurisdiccionales contra los comportamientos omisivos del legislador, también DELFINO, Felice, “Omissioni legislative e Corte costituzionale (delle sentenze costituzionali c.d. creative)”, *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, Giuffrè, Vol. 2, 1974, Pág. 911-952. En España véase, en especial, a GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw Hill, Madrid, 1997, Págs. 25-26; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, MacGraw-Hill, Madrid, 1977, Págs. 41-58; así como el trabajo de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, antes citado.

estatal. También compararemos el modelo de esta técnica, con otros países.

Derivado de lo anterior es menester dejar claro que no entraremos al posicionamiento *filosófico* sobre juicios a favor o en contra para la procedencia de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Sino que intentamos analizar este mecanismo en los modelos incorporados —o positivados— a constituciones como control de la constitucionalidad y en la jurisprudencia, a través de las *sentencias interpretativas*³. La finalidad es revelar que actualmente esta técnica se emplea en cualquiera de los dos modelos. Por ejemplo, las omisiones en el derecho constitucional federal y estatal mexicano su uso es de manera paulatina, no así en el derecho constitucional comparado en dónde existe una doctrina consolidada.

En lo que si tomamos un posicionamiento de manera categórica, es en cómo deben resolverse o analizarse las omisiones, y creemos que la mejor forma es, por medio de las *sentencias interpretativas*.

Como punto de partida para entrar a estudiar a las omisiones en México, nos basamos principalmente en dos estudios. El primero data de 1970, es un seductor artículo publicado por Walter FRISCHI PHILIPP y Sergio TORRES EYRAS, intitulado “Inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en Alemania Occidental y México”⁴. En ese ensayo la meta principal que se perseguía era llamar la atención de los juristas

³ Remitimos al epígrafe 5. Sentencias interpretativas, Capítulo III, de este trabajo. También Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Pág. 516; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, España, 2001, Pág. 68. Véase *in extenso* a FIGUEROA MEJÍA, Giovanni Azael, *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, Porrúa, México, 2011.

⁴ FRISCHI PHILIPP, Walter y TORRES EYRAS, Sergio, “Inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en Alemania Occidental y México”, *Anales de Jurisprudencia*, reedición de “Estudios Jurídicos”, Tomo 138, México, 1970, Pág. 11

mexicanos respecto de los problemas relativos a las omisiones legislativas⁵, y estimular la discusión sobre esta atractiva materia.

Este artículo de 1970 se funda en los estudios de la jurisprudencia y literatura alemana, publicados con ocasión del coloquio jurídico internacional que se llevó a cabo en Heidelberg en 1961. Además comparaba el alcance de las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal respecto a su jurisprudencia dictada hasta el 29 de enero de 1969. El ensayo también tenía por objetivo exponer la jurisdicción constitucional de esa época, así como discutir y analizar algunas cuestiones especiales relativas al campo jurídico de las *omisiones*.⁶

El congreso de Heidelberg⁷ fue celebrado en conmemoración del décimo aniversario del Tribunal Constitucional Federal de Alemania occidental, en el que participaron 17 países, que se obligaron a presentar cada uno un informe acerca de la jurisdicción constitucional en su Derecho nacional. La dirección del congreso distribuyó entre los países participantes un cuestionario que contenían los lineamientos a los cuales debía de sujetarse la elaboración de la ponencia respectiva.

⁵ *Ídem*

⁶ *Ídem*

⁷ *Ibidem*, Pág. 5, el origen e importancia del tema de las omisiones para ese Congreso consistió en que el diario "Frankfurter Allgemeine Zeitung", de 8 de marzo del 1969, publicó fragmentariamente y reseñó, una resolución de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal de Alemania occidental, dictada el 29 de enero de ese mismo año, en el expediente 1 BVR 26/66, relativo a un asunto de igualdad de hijos legítimos e ilegítimos, que causó fuerte impacto en el pueblo germano, por que constituyó un ultimátum para el legislador ordinario, de gran trascendencia social. Ese fallo atrajo intensamente la atención de Sergio TORRES EYRAS (quien se desempeñaba como Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México), porque para esa época planteaba un problema de supremacía del Poder Judicial, con respecto al legislativo; además se antojaba inadmisible para el jurista mexicano, tan imbuido de teorías sobre equilibrio de los Poderes del Estado. Él analizaba detenidamente la situación, con la finalidad de ajustarla al Derecho Positivo Mexicano, ya que creía poder abrir nuevos caminos en el orden del pensamiento, y consideraba que ese ensayo podía llevar a los estudiosos a salirse de sus carriles habituales y encontrar nuevas rutas para vislumbrar otros horizontes.

En ese cuestionario, se plantearon diversas cuestiones, destacando para esta tesis, las siguientes preguntas:

“¿Es posible pensar que las omisiones del legislador, ya sea relativas —reglamentación legal parcial— o absolutas, puedan ser objeto de un procedimiento *específico o en cualquiera*⁸ en la jurisdicción constitucional? ¿puede ser declarada como inconstitucional una omisión relativa del legislador? o ¿tiene que ser derogada la reglamentación legal incompleta por el Tribunal Constitucional? Si una omisión es declarada inconstitucional ¿puede el tribunal que juzga el juicio crear autónomamente una determinada reglamentación, o su competencia debe limitarse sólo a resolver en forma de sentencia declaratoria?”⁹.

Como segundo estudio histórico sobre esta técnica, en 1978, el Profesor Germán BIDART CAMPOS presentó una ponencia intitulada “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”¹⁰, en el II Congreso Mexicano de Derecho Constitucional. La segunda mesa de trabajo analizó el tema de la *justicia constitucional y los tribunales*¹¹, llama mucho la atención que en las recomendaciones y conclusiones realizadas, no se mencionó a la inconstitucionalidad por omisión y, como consiguiente, tampoco el trabajo de BIDART CAMPOS.

La ponencia antes referida enderezaba su tesis a cuatro principios irrenunciables: a) que cuando la Constitución ordena a un órgano de

⁸ Las cursivas y agregados son míos.

⁹ FRISCHI PHILIPP, Walter y TORRES EYRAS, Sergio, “Inconstitucionalidad de las omisiones ... *Cit.* nota número 4, Pág. 12. Hacemos énfasis e hincapié que en relación a la ponencia presentada por México se omitió enfocar ese tema respecto a las omisiones.

¹⁰ BIDART CAMPOS, Germán J., “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *Anuario Jurídico VI-1979*, Instituto de Investigaciones jurídicas-UNAM, México, 1979, Pág. 9-18

¹¹ MADRAZO, Jorge, “II Congreso Mexicano de Derecho Constitucional (16 al 21 abril de 1978)”, *Revista de la Facultad de Derecho-UNAM*, Tomo XXVIII, Enero-abril, número 109, México, 1978, Pág. 313, véase especialmente la página 316.

poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento o ejercicio; b) que cuando *omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido*; c) que cuando la abstención del órgano de poder implica o involucra un daño o gravamen para alguien, ese alguien debe ser legitimado para impulsar a la justicia constitucional a controlar al órgano renuente en hacer lo que debe; d) que el mecanismo de control tiene que funcionar debidamente, sea para obligar al órgano no remiso a cumplir la actividad debida, sea para que el órgano de la justicia constitucional supla la actividad omitida en beneficio del sujeto agraviado que provoca el control¹².

En síntesis, este autor concluye “siempre que una Constitución depara a un órgano de poder el ejercicio obligatorio de una competencia en beneficio de los particulares, la omisión de ese mismo ejercicio en perjuicio del beneficiario es inconstitucional y debe ser remediada por los órganos de la justicia constitucional”¹³.

Retomando los argumentos de la investigación, una de las justificaciones del estudio actual de las *omisiones* en México radica en que podemos encontrarlas en dos vertientes o fuentes: la primera a nivel federal,¹⁴ a través de las *sentencias interpretativas*¹⁵, en diversos

¹² BIDART CAMPOS, Germán J., *Op. Cit.* Pág. 9

¹³ *Ibidem*, Pág. 16

¹⁴ Véase a ANG, Osbaldo Salvador, “Chihuahua y la inconstitucionalidad por omisión legislativa”, en *Quid Iuris*, Año 6, Volumen 17, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, México, Junio, 2012, Pág. 81, En México, en el nivel federal, no ha sido contemplada la institución de la omisión legislativa y su inconstitucionalidad ha empezado a ser analizada apenas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de casos de jurisprudencia que han surgido en el ejercicio de la función jurisdiccional; MONTOYA ZAMORA, Raúl, “Acciones por omisión legislativa como medio de control constitucional en materia electoral”, *Justicia Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 4ª. época, Volumen 1, número 5, México, 2010, Págs. 291 a la 296; RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa, Teoría y su Control Jurisdiccional en México*, Porrúa, México, 2009, Pág. 234 a la 325

¹⁵ En el capítulo IV referente al caso federal de México se analizarán las sentencias interpretativas de la SCJN, y se hará especial énfasis a la jurisprudencia que determina la

asuntos que ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, utilizando procesos constitucionales como son el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad¹⁶. La segunda, en las entidades federativas, a través de su incorporación en las constituciones de varios Estados que integran la federación mexicana, en la corriente denominada *justicia constitucional local*¹⁷. Dos fuentes distintas de recepción de la herramienta, una de tipo *constitucional*, y otra *jurisprudencial*.

En correspondencia al plano de la *justicia constitucional local* —o mejor dicho *jurisdicción constitucional estatal*— actualmente en México son ocho las entidades federativas que poseen esta técnica: Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Coahuila, Nayarit, Querétaro y Yucatán; además dos entidades, Guerrero y Tabasco, cuentan con

clasificación de las omisiones en: a) *Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio*. b) *Relativas en competencias de ejercicio obligatorio*. c) *Absolutas en competencias de ejercicio potestativo*, y, d) *Relativas en competencias de ejercicio potestativo*, para ello véase la jurisprudencia localizable con el número de Registro: 175872. Materia(s): Constitucional. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, febrero de 2006, tesis P./J. 11/2006, página 1527, “OMISIONES LEGISLATIVAS, SUS TIPOS”.

¹⁶ Varias de estas sentencias interpretativas han generado jurisprudencias. Brage Camazo, considera necesario explicar la razón de ser del enfoque crítico de la jurisprudencia en México, ya que *predomina* todavía un positivismo formalista que parece considerar al texto de la ley o la Constitución (o a la jurisprudencia) como textos sagrados o cuasi-sagrados, cuando, desde nuestro punto de vista, la Constitución o la jurisprudencia constitucional proporcionan un material no sólo interesante, sino de ineludible guía para quien pretenda llevar a cabo un estudio jurídico-constitucional, pero no un material sagrado, un “dogma” irrefutable, lo cual es especialmente cierto en el caso de la jurisprudencia. Lejos de ello, para el desarrollo del derecho constitucional y la jurisprudencia en este campo, es indispensable que la doctrina desempeñe con rigor su papel de consideración respetuosa pero profundamente crítica de la jurisprudencia constitucional, que ha de guiar indiscutiblemente a la a veces llamada “ciencia” del derecho pero sin llegar al extremo de convertir a sus cultivadores en meros glosadores o, peor aún, simples transmisores autómatas de sus criterios. Véase BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, UNAM, México, 2005, Pág. XX

¹⁷ Desde nuestra perspectiva debería denominarse “Jurisdicción Constitucional Estatal”. Para empezar a familiarizarnos con estos conceptos, a partir de aquí, así lo denominaremos. Empero no consideramos pertinente polemizar sobre ello por no ser el objeto de estudio en este trabajo. Véase más adelante el capítulo V de este trabajo.

proyectos o iniciativas de reformas constitucionales en esa materia¹⁸. Obsérvese que, aún con la proliferación de esta técnica en la *jurisdicción constitucional estatal* es evidente que no existe suficiente información sobre ella y que, sus repercusiones en un deficiente diseño institucional¹⁹ solo podrán visualizarse más adelante, en el momento en que los tribunales resuelvan asuntos referentes a esta figura.

En efecto, como hemos advertido, en determinadas entidades de México esta *técnica* existe en el plano positivo, pero poca conciencia se tiene de ella en la perspectiva teórica y, sobre todo, en la jurisprudencial. Frente a este panorama, resulta indispensable analizar cómo las entidades han incorporado este proceso²⁰ hermenéutico a su esquema constitucional, especialmente a la de Chiapas, para realizar, en un segundo momento, una comparación entre los resultados y las sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y poder esbozar, las líneas básicas para entender las omisiones legislativas en México²¹.

También se carece de una teoría que coadyuve a soportar su introducción a través de la exposición de sus fundamentos y se avoque a explicar su concepto, tipos, formas de determinación y alcances, así como justificar la necesidad y su contribución a la concreción de la actuación debida de las prescripciones constitucionales. En este sentido, puede decirse, y con razón, que contamos únicamente con el

¹⁸ SANTOS FLORES, Israel, *La omisión legislativa en materia tributaria. El caso de México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, Págs. 179 – 191.

¹⁹ ASTUDILLO REYES, César, “La inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en México”, en Carbonell, Miguel (Coord.), *En busca de las normas ausentes*, 2ª. Edición, México, UNAM, 2007, Pág. 335

²⁰ *Ídem*

²¹ *Ídem*

dato positivo y jurisprudencial, pero que carecemos todavía del referente doctrinal²² de este mecanismo.

Ahora bien, respecto al concepto de esta técnica algunos diccionarios jurídicos no contemplan la expresión “omisión”,²³ o si lo hacen es para reducirla al campo de estudio del Derecho penal.²⁴ Así varios autores apuntan que es precisamente a partir de la noción penal que la palabra es acogida por la doctrina constitucional²⁵. Al adherirle el adjetivo “legislativa”, se convierte en una voz compuesta localizable, ya en los modernos diccionarios de derecho constitucional, ya sea como omisión legislativa o como inconstitucionalidad por omisión.²⁶

Si uno de los objetivos de esta investigación es esbozar una visión breve y de conjunto sobre la existencia y regulación de la *omisión* en México, y en particular en el Estado de Chiapas, es revelador también destacar la circulación de este modelo en el marco internacional del Derecho Comparado, llevándonos a considerar el trato jurisprudencial

²² *Ibidem*, Pág. 299

²³ CABANELLAS TORRES, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, Buenos Aires, Heliasta, 1988; PINA, Rafael de, *Diccionario de derecho*, 17a. ed., México, Porrúa, 1991.

²⁴ *Diccionario jurídico Espasa*, Madrid, LEX, Espasa Calpe, 2002, Págs. 1058-1060; *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001; *Enciclopedia jurídica Omeba*, T. XX, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1965; ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, “Omisión”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2004, tomo V: M-P, Págs. 339-341.

²⁵ ANG, Osbaldo Salvador, *Op. Cit.* en la nota al pie numero 14, Pág. 118, este autor comenta que la figura de la omisión legislativa probablemente haya emanado del derecho penal. Basado en esto, cabe decir que la omisión, en sentido penalista, es definida como un abstenerse de obrar; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. Es la forma negativa de la acción. Según Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. Fernando Castellanos cita a Porte Petit para señalar los elementos de la omisión: a) Voluntad o no voluntad b) Inactividad c) Deber jurídico de obrar. Véase también a CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 30ª edición, México, Porrúa, 1997, Págs.152 y 153

²⁶ Véase especialmente a SANTOS FLORES, Israel, *La omisión legislativa en materia tributaria ... Cit.* nota numero 18, Pág. 9 y 10. También a BÁEZ SILVA, Carlos, “Inconstitucionalidad por omisión”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, Pág. 696

que ha tenido²⁷. Así podemos decir que falta mucho ha consolidar esta figura en nuestro país.

En el ámbito internacional, no menos importante es para la *jurisdicción constitucional europea e iberoamericana* el tema que nos ocupa. Muestra de ello ha sido la XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, celebrada en Vilna, Lituania en el 2008²⁸, cuyo tema central se intituló “Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional”. En ella, los puntos principales a responder por los países participantes fueron: a). La problemática de los vacíos normativos en la doctrina científica. b). Establecimiento del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en la Constitución, en otras disposiciones o en la jurisprudencia constitucional. c). La omisión legislativa como objeto de conocimiento por el Tribunal Constitucional. d). Examen y determinación de la constitucionalidad de las omisiones legislativas. e). Consecuencias de la constatación por el Tribunal Constitucional de la existencia de omisiones legislativas.

Respecto al sistema *iberoamericano*, en la VII Conferencia de Justicia Constitucional, celebrada en Yucatán, México, en 2009, el tema principal versó sobre “Los métodos interpretativos de los Tribunales Constitucionales iberoamericanos”, allí también se abordó la problemática de las *omisiones legislativas*²⁹ en una de las mesas de trabajo.

²⁷ BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta Op. Cit.* en la nota al pie no.16, Pág. 25.

²⁸ Véase <http://www.confeuconstco.org>. Así como las monografías “The material of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts”, *Problems of legislative omission in constitutional jurisprudence*, Vilnius, 2009, tome I Págs. 1 – 458, tome II Págs. 459 – 934.

²⁹ La mesa “C” se encargó de las *omisiones*, aunque en las conclusiones, declaraciones así como diversos documentos que se generaron de la Conferencia no se le dio la importancia debida. Para mayor profundidad véase detenidamente *Conferencia Iberoamericana de Derecho constitucional 2009*, <http://goo.gl/PphFU0> (consultado el 25 de marzo 2014)

En conclusión, en este estudio intentaremos, dar una idea de la omisión legislativa, y una visión integral de los casos federales y estatales de México, así como en el marco del Derecho Comparado.

1. Metodología de la investigación

Hay que destacar que algunos obstáculos o limitaciones tradicionales que han enfrentado históricamente las *omisiones* son coyunturales, o bien están ligados a la adopción de nuevas técnicas de control de la constitucionalidad³⁰.

Otra de las dificultades, es que no existe unanimidad en la doctrina en cuanto a su definición y alcance³¹. Los países que han abordado esta cuestión en sus propios órdenes legislativos han obtenido resultados con características y efectos asimétricos debido a sus particulares idiosincrasias y culturas constitucionales.

Esto en adición a que no todos los países incluyen esta técnica en sus constituciones, aún así, muchos países han adoptado soluciones de tipo jurisprudencial mediante las *sentencias interpretativas* —como en el sistema Federal de México— a través de las Salas o Tribunales Constitucionales, en los casos que se les han planteado.

En relación al marco teórico que utilizamos como base para esta investigación, está provisto por la perspectiva de las aproximaciones

³⁰ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª edición, Trotta, Madrid, 2004, Pág.117, estos autores señalan que en cuanto a la tradición de control judicial de constitucionalidad de raigambre europea (. . .) tribunales tales como la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional español han utilizado la categoría de las llamadas *sentencias aditivas*, Cfr. especialmente la Pág. 173

³¹ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución Mexicana. Un avance en el acceso a la justicia Constitucional,” en *Cuestiones Constitucionales*, núm.18, enero- junio, México, UNAM, 2008, Pág. 207

contemporáneas sobre controles de la Constitución, mecanismos de defensa de la Constitución, y *sentencias interpretativas*, entre otras.

Por otro lado, para el desarrollo de esta investigación, fue necesario tomar en consideración las aportaciones de diferentes concepciones teórico-prácticas, pues difícilmente podría encuadrarse dentro de una sola.

Gran parte de este trabajo utiliza la *técnica de investigación documental*, por cuyo conducto fue posible establecer la sistematización informativa y expositiva³², en la cual nos concretamos en recopilar información a través de libros, revistas científicas, antologías, informes, ensayos, estadísticas, y memorias.

Haremos mención a referencias extranjeras, utilizando el *método comparado* para establecer estudios de correlación jurisprudencial en los que analizaremos algunos casos resueltos especialmente en España, a través del Tribunal Constitucional, y los comparemos en la medida posible con los criterios de la Suprema Corte de Justicia de México, el modelo desarrollado por la Constitución del Estado de Chiapas, y las diversas estrategias a partir de ejemplos concretos extraídos de la experiencia jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunales Constitucionales de otros países.

También se utilizó el *método histórico*, ya que por ese conducto fue posible retomar diversos aspectos y antecedentes que han dado origen a la situación actual que guardan las resoluciones sobre las *omisiones*.

Se consideró el *método deductivo*, pues a partir de un contexto general se llegó a la particularidad de las omisiones legislativas con relación a los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la

³² TENA SUCK, Antonio y RIVAS TORRES, Rodolfo, *Manual de Investigación Documental*, (2da. Reimp.), Editorial Plaza y Valdés, México, D.F. 2000, Pág. 26

Nación de México, el modelo establecido por ocho entidades federativas y en especial el Estado de Chiapas³³.

El estudio de las omisiones en la tesis queda estructurado así: en el capítulo I, describimos la metodología de la investigación y realizamos una deconstrucción del concepto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa; en el capítulo II, estructuramos la justificación como control de la constitucionalidad. Haciendo un breve viaje, desde su aparición en la antigua Yugoslavia hasta su incorporación en la Constitución de Brasil; en el capítulo III, estudiamos su configuración procesal en el ámbito de Derecho Comparado, tanto en países donde se encuentra incorporada a las constituciones como en sistemas donde se abordan por conducto de las sentencias interpretativas; en el capítulo IV, analizamos el caso de la *jurisdicción constitucional federal* de México, a través de algunos asuntos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México —por conducto de las *sentencias interpretativas*—; en el capítulo V, describimos y analizamos la incorporación de esta herramienta, en algunas constituciones estatales de México —*jurisdicción constitucional estatal*—, haciendo énfasis en la Constitución del Estado de Chiapas, pues actualmente dota de elementos muy superiores e interesantes a esa técnica, respecto de otras constituciones locales; por último, en el Capítulo VI, examinamos brevemente el fenómeno de los Tribunales Constitucionales como *legisladores suplentes y precarios*³⁴, modelos donde se faculta a Tribunales o Salas constitucionales para que emitan y dicten las bases o leyes omisas³⁵.

³³ Véase también la referencia que realizamos de once países, en la que utilizamos el derecho comparado, principalmente son la antigua Yugoslavia, Portugal, Brasil, Venezuela, Ecuador, Argentina, España, Italia, Alemania, Austria, y Sudáfrica.

³⁴ Hay que destacar que este fenómeno esta creciendo en América Latina. Como se verá en el capítulo VI, este calificativo y concepto ha sido acuñado por Néstor Pedro SAGÜÉS.

³⁵ En fin, aunque sea arriesgándonos a hacer una proyección de futuro, pensamos que los institutos de control de las omisiones legislativas van a seguir expandiéndose, quizá menos en Europa y más en América Latina. Es de esperar que tal expansión vaya unida a una clara

2. Ámbitos y fines del estudio

Como se ha hecho notar para la recepción de las *omisiones* existen dos vías: la primera es la jurisprudencial de las *sentencias interpretativas*, ya sean *aditivas*, *manipulativas*, *recomendaciones al legislador*, entre otras; y la segunda corresponde a los sistemas constitucionalizados, en algunos modelos las constituciones contemplan a las omisiones como declarativas, como recomendaciones al legislador, incluso como casos en los que los Tribunales Constitucionales actúan como *legisladores suplentes y precarios*.

La problemática de la inconstitucionalidad por omisión, quizá constituya uno de los más tormentosos y al mismo tiempo fascinantes temas de Derecho Constitucional de nuestra época, así valdría la pena contestar a estas interrogantes:

a). ¿Cuál es el rol que debe asumir el legislador en ese proceso de concreción constitucional?

b). ¿Debemos intentar determinar lo que se entiende por inconstitucionalidad por omisión?

c). ¿Cuáles son las técnicas para hacer frente al control de tales omisiones?

d). ¿Quién es el órgano u órganos encargados de esta fiscalización y la precisión de los efectos de las decisiones judiciales dictadas al efecto?

comprensión de su significado y de su finalidad, y que la actuación de los órganos jurisdiccionales que hayan de conocer de ellos venga presidida por el principio de autolimitación, pues si siempre el *self-restraint* es necesario, como principio general de actuación de la justicia constitucional, el mismo se convierte en inexcusable en el control de las omisiones del legislador democrático. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La búsqueda de nuevos cauces ... Op. Cit. nota 2, Pág. 1, 166.

Estas son, a modo ejemplificativo y no limitativo, algunas de las relevantes cuestiones que se suscitan al hilo de este objeto de estudio, cuya mera enunciación ya revela la trascendencia de un tema, que por otro lado, y con toda razón se ha dicho³⁶, se halla en permanente elaboración³⁷ y evolución, lo que casa a la perfección con el hecho fácilmente constatable de la progresiva expansión del instituto del control abstracto de las omisiones, por lo general absolutas, del legislador.³⁸

Así AHUMADA RUIZ advierte que, el problema de las omisiones del legislador cobra interés en cuanto a su control y posibilidades de corrección, no bajo el aspecto de la perfección técnica en el desarrollo por el legislador de los principios y normas constitucionales o del grado de celeridad con que ponga en marcha institutos u órganos previstos por el constituyente, sino en la medida en que la inactividad del legislador provoque la *lesión de derechos o libertades* reconocidos en la Constitución o impida su pleno ejercicio. Es por ello que resulta difícil imaginar un control abstracto de la omisión legislativa desconectado de los problemas de aplicación e interpretación de la regla de derecho a los casos particulares.³⁹

Finalmente en palabras de FERRERES COMELLAS las omisiones legislativas implican diversos problemas constitucionales que hacen necesario la búsqueda de medios capaces de corregir la inactividad del legislador que obstaculiza la *fuerza normativa* de la carta magna. Una Constitución no puede ser un código acabado. El constituyente no lo

³⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión", en FERRER MAC-GREGOR (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 4ª. Edición, 2003, Tomo IV, Págs. 3, 127 y Ss.; en concreto Pág. 3, 139.

³⁷ *Ídem*

³⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Op. Cit.* en la nota al pie no. 2, Págs. 563 y 564

³⁹ Sobre la experiencia española, véase a AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, *Op. Cit.* en la nota al pie no. 2, Pág. 173

puede prever todo, no puede anticipar las circunstancias particulares que ocurrirán en el futuro⁴⁰.

2.1. Un concepto amplio de omisión legislativa

Son necesarias tener particularmente algunas definiciones de omisión legislativa en sentido amplio, para posteriormente delimitar un sentido estricto y más restringido, que describiremos en nuestra investigación.

Desde el concepto amplio podemos describir a la omisión legislativa como la inactividad, inacción o ausencia de conducta por parte de cualquier sujeto que tenga facultades materialmente legislativas. En general, la omisión surge cuando existe una inactividad por parte de cualquier poder público, comprendiendo no sólo el Poder Legislativo, sino también los poderes Ejecutivo y Judicial. Esta inactividad provoca la falta de emisión o el insuficiente desarrollo de normas de carácter general, actos administrativos, actos políticos o, incluso, normas individualizadas como las resoluciones judiciales⁴¹.

Entre los primeros pensadores sobre esta concepción, encontramos a MORTATI, quien teorizó una conceptualización genérica, en la que define a la omisión legislativa como todo tipo de abstención de disponer frente a lo prescrito según los términos de la Constitución, por lo que sería siempre un incumplimiento de una obligación. Así, la omisión, al ser resultado de un acto de voluntad, podría asimilarse a los

⁴⁰ FERRERES, Víctor. "Justicia constitucional y democracia", en Carbonell, Miguel (Comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. Edición, México, Porrúa, 2002, Pág. 284; Véase también a AMEZCUA ALCALA, Luis Edgardo, *Problemas constitucionales con motivo a las omisiones legislativas*, Tesis de licenciatura, Facultad de derecho, UNAM, México, 2003, Pág. 108

⁴¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Op. Cit.* en la nota al pie no. 2, Pág. 74. Véase también a NUÑEZ VALADEZ, Miguel Antonio, *La omisión legislativa y control judicial de carácter abstracto: un análisis a partir del constitucionalismo*, tesis de licenciatura, Instituto Tecnológico Autónomo de México-ITAM, México, 2010, Págs. 10, 11 y Ss.

casos de expresa disposición negativa —una forma peculiar de manifestación de la voluntad del legislador—⁴².

Definición parecida enunciará TROCKER, en el sentido que la omisión consiste en un simple “no hacer” de cualquier ente que constituye una violación de una obligación constitucional⁴³. Un dato interesante de las definiciones anteriores es que no incluyen una delimitación de los sujetos ni del espacio-temporal⁴⁴.

En la misma trayectoria, pero impulsando una limitación temporal, MIRANDA sostiene que la omisión inconstitucional resulta de una inacción o silencio de cualquier órgano de un Estado que tenga la obligación o el deber constitucional de actuar en un momento determinado⁴⁵.

Resulta complementario el argumento de SAGÜES, quien señala que la inconstitucionalidad por omisión se origina no por la ausencia de ciertas normas, sino por la *abstinencia de conductas*: la omisión se produce cuando un órgano del Estado no ejecuta un deber constitucional. De manera similar BIDART CAMPOS afirma que, la

⁴² “I problemi da affrontare toccano, per una parte, sia la struttura delle norme costituzionali in sè considerate sia ... per un'altra, i poteri del giudice della costituzionalità, riguardati in sè e negli effetti che possono farsi derivare dalle sue pronunce”, en MORTATI, Constantino, “Appunti per uno Studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Vol. III, Giuffrè, Milán, 1972, Pág. 927. (Este trabajo también se encuentra en *Il Foro italiano*, 1970, Pág. 153 y siguientes). Véase también sobre el tema a AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, “El control de constitucionalidad...” *Op. Cit.* en la nota al pie no. 2, Pág. 170

⁴³ “L'omissione consiste in un non-fare che costituisce violazione di un obbligo di attività discendente da una norma costituzionale” TROCKER, Nicolò, “L'omissione del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà (Studio comparativo sul diritto tedesco)”, *Archivio giuridico*, 1970, Pág. 88

⁴⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Op. Cit.* en la nota al pie no. 2, Pág. 74. Véase a NUÑEZ VALADEZ, Miguel Antonio, *Op. Cit.* en la nota número 41, Pág. 12

⁴⁵ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, Pág. 338

inconstitucionalidad por omisión “sobreviene cuando el órgano que conforme a la Constitución debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo”.

Todos estos autores tienden bien a restringir la omisión a la falta de una actuación o conducta por parte de distintos órganos, lo que al final de cuentas se traduce en una ausencia de normas.

2.2. Concepto restringido de omisión

Existe una corriente de autores que restringen la omisión a la inactividad de un sujeto o actor jurídico determinado, por ejemplo, del *Poder Legislativo*. En estas definiciones, es donde cobra sentido propiamente el concepto “omisión legislativa”. El catedrático portugués GOMES CANOTILHO ha sostenido que: “una omisión legislativa significa que el Poder Legislativo no ha hecho algo que positivamente le era impuesto por la Constitución; no se trata, pues, de una simple negativa de hacer —inactividad—, sino de no hacer algo que, de forma concreta y explícita, estaba constitucionalmente obligado”. Dicho de otra manera, “la omisión legislativa existe cuando el legislador no cumple o cumple de manera incompleta un deber constitucional de emanar normas impuestas, por mandatos constitucionales permanentes y concretos”⁴⁶.

Igualmente, AGUIAR DE LUQUE define a este tipo de omisión como la inactividad del órgano legislativo al realizar una conducta a pesar de que exista un *mandato constitucional* al respecto⁴⁷.

Encontramos que FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ considera a esta técnica, como la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo,

⁴⁶ Véase a GOMES CANOTILHO, José Joaquín, *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Sexta Edición, Coimbra, 1993, Págs. 1, 089 y Ss.

⁴⁷ AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Político*, núm. 24, UNED, Madrid, 1987, Pág. 25

durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo de forma tal que se impide su eficaz aplicación⁴⁸. Señala también que la falta de desarrollo de normas por parte del legislador podría ser uno de los razonamientos que nos hacen pensar en un auténtico *fraude constitucional* en algunos de los posibles supuestos de inconstitucionalidad por omisión.⁴⁹

En efecto puede concebirse a esta técnica como el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos,⁵⁰ de la que se desprenden los siguientes elementos, que para su mejor comprensión transcribimos:

a). Se trata, en primer lugar, de no reducir la omisión legislativa inconstitucional a un simple no hacer, a una mera abstención u omisión, sino de identificar una *exigencia constitucional* de acción. No basta un simple deber general de legislar para fundamentar una omisión inconstitucional. En sentido jurídico constitucional, “omisión” significa no hacer aquello a lo que, “de forma concreta”, se estaba constitucionalmente obligado⁵¹.

b). En segundo lugar —y siguiendo la exposición de GOMES CANOTILHO— en cuanto las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del incumplimiento de mandatos constitucionales legislativos,

⁴⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad... Op. Cit.* en la nota al pie no. 2, Pág. 77; también véase del mismo autor “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, 2003, Pág. 29

⁴⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Aproximación al concepto...” *Op. Cit.* Págs. 37 y 38

⁵⁰ TAJADURA TEJADA, Javier “La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales” en Carbonell, Miguel (Coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión*, Ed. México, UNAM, 2003, Pág. 290; Véase también a AVIÑA MARTÍNEZ, Rogelio, “La omisión legislativa inconstitucional: El caso de la Constitución del Estado de Veracruz-Llave” en *Iuretec-Centro de Investigación Jurídica*, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Chihuahua, año 2, número 3, México, 2009, Pág. 60

⁵¹ *Ídem*

esto es, de *mandatos constitucionales concretos* que vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción constitucional, han de separarse de aquellas otras omisiones de mandatos constitucionales abstractos, o lo que es igual, de mandatos que contienen deberes de legislación abstractos⁵².

Así las cosas, sólo aquellos silencios, bien de la ley —*silencios relativos*, esto es, cuando una norma legal contiene omisiones—, ya sea bien del legislador —*silencios absolutos*, que son aquellos en los que hay ausencia total de ley—, que provoquen situaciones jurídicas contrarias a la Constitución pueden y deben ser declarados omisiones inconstitucionales⁵³.

Encontramos que RANGEL HERNÁNDEZ, a su juicio puntualiza que es la violación constitucional que se presenta por la *falta de emisión total o parcial*, de normas secundarias de desarrollo constitucional que son necesarias para que las normas constitucionales sean eficaces; o bien de aquellas que se requieran para la adecuación de la legislación secundaria a nuevos contenidos constitucionales, cuya expedición es prevista por la propia norma fundamental y *la omisión igualmente impide su eficacia plena*⁵⁴.

Además hay quienes consideran que es la *ausencia de normatividad o el insuficiente desarrollo legislativo* ocasionado por un no actuar o un actuar deficiente por parte de los órganos materialmente legislativos, el cual transgrede la conducta obligatoria o poder legislativo

⁵² *Ídem*

⁵³ Cfr. el epígrafe 3.1. de este capítulo sobre las omisiones absolutas y relativas. Véase también a VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por...* Cit. en la nota al pie no. 2, Págs. 40 y Ss.; también del mismo autor véase “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, 2003, Pág. 66

⁵⁴ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría ...* Cit. nota numero 14, Págs. 38 y 347

de ejercicio obligatorio establecido en alguna norma constitucional o legal⁵⁵.

Así, en *stricto sensu*, es la vulneración del texto constitucional causada por la *inactividad*, inclusive parcial, del Poder Legislativo respecto de aquellas normas reales y exactas que, de manera expresa o tácita, exigen de él un específico desarrollo ulterior para ser efectivas, siempre que el término fijado haya vencido, su pasividad sea irracional e injustificable o su actuación *lesione el principio de igualdad* al excluir arbitrariamente a un determinado grupo entre los beneficiarios de la ley⁵⁶.

Es importante evidenciar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en la ***Controversia Constitucional 80/2004 “Servicios públicos municipales. Omisión legislativa del Congreso del Estado de Chihuahua”*** —en el considerando séptimo—, ha definido a las omisiones de la siguiente manera:

. . . la inconstitucionalidad por omisión legislativa, se refiere a las violaciones a la Constitución derivadas no de una acción, sino de una omisión del legislador, en su función primordial, esto es, expedir leyes. Así, la inconstitucionalidad por omisión legislativa puede producirse cuando el legislador no observa en un "tiempo razonable" o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o bien cuando al expedir una ley, dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía. Luego, la omisión legislativa no existe únicamente cuando el legislador desconoce mandatos concretos de legislar, sino también cuando se regula una materia de manera incompleta o deficiente desde el punto de vista constitucional, es decir, la omisión legislativa puede ser absoluta o parcial; la primera, se da ante la ausencia total de una ley cuya emisión se prevé en el marco constitucional; la

⁵⁵ NUÑEZ VALADEZ, Miguel Antonio, *La omisión legislativa y ... Op. Cit.* en la nota al pie no. 41, Pág. 10

⁵⁶ SANTOS FLORES, Israel, *La omisión legislativa... Op. Cit.* en la nota al pie no. 16, Pág. 27

segunda, cuando el legislador al dictar una ley en ejercicio de su facultad constitucional, lo hace en forma deficiente o incompleta.⁵⁷

Cabe resaltar que AHUMADA RUÍZ no comparte la opinión que la omisión sea un incumplimiento en el sentido de que existe un legislador «culpable» del vacío perturbador, ya que afirma es difícil decidir si la deficiencia legislativa es *culposa* o *dolosa*, o hasta qué momento se considera tempestiva la actuación del legislador y a partir de cuándo se debe hablar de «inercia» o «pasividad», cuándo está, si se permite la expresión, ante el «silencio legislativo». El problema más bien coincide con aquel de la separación de funciones entre el legislador y el garante de la eficacia de la Constitución. En este sentido y ante una omisión del legislador, el Tribunal Constitucional puede actuar, a nuestro juicio, como «suplente», como «juez integrador», hasta donde su competencia le permita.⁵⁸

Sobre los razonamientos anteriores, con sus debidas matizaciones puntualizamos que, si el concepto de las omisiones legislativas, se originó ha partir de las bases del derecho penal, es posible que si pueda haber una *culpabilidad* por parte del legislador. Aunque no necesariamente ésta sea culposa o dolosa — en sentido estricto—, puesto que la concepción de las omisiones ha *mutado o es un híbrido*, entre el derecho penal y derecho constitucional. Entonces la *culpabilidad* sería simbólica y llevaría implícitamente una fuerte carga *pedagógica*.

⁵⁷ Véase el considerando séptimo de la **Sentencia relativa a la Controversia Constitucional 80/2004 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México**, de fecha catorce de julio de dos mil cinco, localizable con el número de registro: 19305, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Enero de 2006, Página: 2 067. Título: “Servicios públicos municipales. La omisión legislativa del congreso del estado de Chihuahua respecto del cumplimiento de la obligación que en la materia impone el artículo segundo transitorio de la reforma de 1999 al artículo 115 de la Constitución federal, vulnera tanto al citado dispositivo transitorio como el propio precepto constitucional”.

⁵⁸ AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, “El control de constitucionalidad de ... *Op. Cit.* en la nota al pie no. 2, Pág. 178

3. Tipología de las omisiones

A manera de pinceladas es necesario señalar que existen diversos posicionamientos en cuanto a los tipos de omisiones legislativas. Nosotros resaltaremos algunas por ser las mas interesantes, además la clasificación que describimos ha sido desarrollada por FERNÁNDEZ RODRIGUEZ. Ésta justificación radica en que éste autor es quien las ha perfeccionado, y en ese sentido el catálogo es más amplio. Por consiguiente la mayor parte de los estudios doctrinales elaborados sobre esta figura, prácticamente la circunscriben a *omisiones absolutas y relativas*, asimismo remiten a su obra.

3.1. Absolutas y relativas

A mediados de siglo pasado, W. WESSEL —Juez del Tribunal Constitucional alemán y pionero en este tema— generó una categorización bastante difundida, acuñó la típica distinción entre *omisiones absolutas y relativas*. Las primeras consisten en la ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional —para el *Bundesverfassungsgericht*, esta inactividad total no es fiscalizable constitucionalmente—; las segundas se refieren a la violación del principio de igualdad cuando el legislador, en cumplimiento de un mandato legislativo, excluye arbitrariamente a algún grupo en el momento de emitir alguna norma⁵⁹.

⁵⁹ WESSEL, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 67, Jahrgang, Heft 6, 15, März. 1952, Págs. 161-164, para Wessel las omisiones absolutas (*Absolutes Unterlassen des Gesetzgebers*) son aquellas en las que hay una total falta de desarrollo por parte del legislador de una disposición constitucional, mientras que las omisiones relativas (*relatives Unterlassen*) presuponen una regulación parcial, que al omitir del goce del derecho a determinados grupos de personas, viene a entrañar una violación del principio de igualdad. Como el razonamiento del autor alemán parece dejar claro, el mayor interés de esta tipología hay que buscarlo en el efecto que se anuda a uno u otro tipo de omisión: el carácter fiscalizable de la omisión relativa

La clasificación anterior se refiere más bien a los tipos de omisiones legislativas y no a los elementos que integran este concepto. Es decir, se presupone la existencia de un mandato u obligación a cargo de un órgano material o formalmente legislativo —*tesis obligacionista*—⁶⁰ y únicamente cataloga este incumplimiento en una ausencia total o parcial de conducta por parte del respectivo órgano jurídico.

La *omisión legislativa absoluta o total* se presenta cuando el legislador no desarrolla formal y materialmente la obligación que le es impuesta por la norma dirigente, haciendo brillar su completa pasividad frente al mandato que no obedece —en lo absoluto—. Este es el tipo de omisión que más daña al ordenamiento jurídico, que produce más indefensión e inseguridad a los destinatarios de la norma inexistente, y que plantea mayores retos para su posible solución jurídica.⁶¹

Por su parte, la *omisión relativa o parcial* se advierte por la insuficiencia en el ámbito regulador de la norma; es decir, en estos supuestos el legislador sí acata su deber de legislar, pero lo hace de manera deficiente o incompleta, vulnerando en la mayoría de los casos,

trente a la no fiscalización de la omisión absoluta, citado también en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La búsqueda de nuevos cauces ... *Op. Cit.* en la nota al pie no. 2, Pág. 597, BAZÁN, Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *En busca de las las normas ausentes. Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, 2003, Pág. 105. También en BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales, (Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos)*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014

⁶⁰ La “tesis obligacionista”, es una postura tradicional, consiste en que la inactividad del legislador se convierte en omisión cuando se transgrede una obligación de hacer, impuesta en una norma constitucional o legal.

⁶¹ SANTOS FLORES, Israel, *La omisión legislativa ... Op. Cit.* en la nota al pie no. 18, Pág. 34.; Véase también que DÍAZ REVORIO parte del entendimiento de que la omisión legislativa inconstitucional es aquel silencio legislativo (o aquella regulación legislativa incompleta o parcial), que produce consecuencias no queridas por la constitución, y por tanto puede considerarse que es objeto de una prohibición constitucional, DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, nº 61, Enero-Abril, 2001, Pág. 82

el principio de igualdad ante la ley.⁶²

La doctrina ha identificado a las omisiones absolutas como *omisiones del legislador* y a las relativas como *omisiones de la ley*. Así VILLAVERDE MENÉNDEZ puntualiza que las omisiones inconstitucionales pueden distinguirse en dos tipos: aquellas del legislador —o absolutas—, y aquella de la ley —o relativas—⁶³. Igualmente LEAL WILHEM⁶⁴ sostiene que la “inconstitucionalidad por omisión se produce en los casos por silencio de la ley y por silencio del legislador. Habrá silencio de la ley cuando regula de manera incompleta o defectuosa el mandato constitucional...”.

Aunque FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ reconoce que las omisiones relativas o parciales también pueden abarcar la incompleta regulación de un instituto que origine la ineficacia de la norma, por lo que para él, en este tipo de omisiones coexisten dos subclases: “las que infringen el *principio de igualdad* y las que suponen una *deficiente regulación* por la ausencia de plenitud en la normativa”.⁶⁵

En la actualidad los tribunales Constitucionales están realizando una labor importante para consolidar a las omisiones. Por ejemplo, destaca que la **Corte Constitucional colombiana** ha dictado en años recientes varias sentencias⁶⁶, en la que ha permitido implementar en

⁶² *Ídem*. Sobre el principio de igualdad analizaremos casos mas adelante, en el capítulo III, punto 6, de este trabajo.

⁶³ “*Le omissioni incostituzionali possono distinguersi in due tipi: quelle del legislatore (o assolute), e quelle della legge (o relative)*”, VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “L’incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Milan, año XLI, núm. 6, noviembre, 1996, Págs. 3, 968 y Ss.

⁶⁴ LEAL WILHEM, Salvador, “Inconstitucionalidad por omisión”, *Cuestiones Políticas*, Maracaibo, núm. 28, enero-junio, 2002, Págs. 62 y Ss.

⁶⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Aproximación al concepto ...” *Op. Cit.* en la nota al pie no. 48, Pág. 48

⁶⁶ Entre ellas destacan las sentencias: C-809 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-061 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-192 de 2006, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

ese país un *test* de la inconstitucionalidad por omisión relativa⁶⁷. En la **sentencia C-192 de 2006** ha determinado con certeza que:

“La Corte ha considerado como elementos estructurales de la omisión legislativa relativa, la existencia de una disposición que excluya de sus hipótesis o de sus consecuencias alguna situación que en principio debía estar incluida, que tal exclusión no tenga justificación alguna y que por lo tanto la misma no supere el juicio de proporcionalidad y de razonabilidad, y por último que dicha exclusión constituya inobservancia de un mandato constitucional impuesto al legislador”⁶⁸.

Este test se pulió aún más, a raíz de la **Sentencia C-427/00**, mediante la cual se estableció que, para que la Corte colombiana considere la procedencia de la demanda por omisión relativa, deben quedar demostrados los siguientes presupuestos:

a). Que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; b). Que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta ser esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; c). Que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; d). Que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; e). Que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

Por otro lado, también el **Tribunal Constitucional de Perú** ha desarrollado un *test de ponderación*, según el cual, para que la discriminación legislativa no sea catalogada como omisión relativa, se deben acreditar los siguientes presupuestos:

a). La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; b). La acreditación de una finalidad específica; c). La existencia

⁶⁷ SANTOS FLORES, Israel, *Op. Cit.* Pág. 114 y 115

⁶⁸ Sentencia C-192/06, dictada por la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, el 15 de marzo de 2006, Pág. 10

de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; d). La existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad, y e). La existencia de racionalidad, es decir, la coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue⁶⁹.

3.2. Formales y materiales

Esta distinción surgió en la doctrina italiana⁷⁰, y consiste en que mientras que las omisiones formales advierten la pasividad absoluta o parcial del legislador frente a un encargo específico de ulterior desarrollo normativo, las omisiones materiales lesionan el principio de igualdad al olvidar ciertos grupos en la legislación. Del tal modo, “las omisiones absolutas o totales son siempre, en la construcción teórica, de índole formal. En cambio, en las parciales no sucede lo mismo, siendo necesario discriminar entre las que suponen una agresión al principio de igualdad —omisiones materiales—... y las que desarrollan de forma incompleta un precepto constitucional —omisiones formales”.⁷¹

3.3. Que afectan o no a derechos fundamentales

Otra clasificación de las omisiones consiste en la afectación o incidencia que tiene hacia los derechos fundamentales. En relación a la primera, difícilmente la misión de un Estado constitucional o cualquier

⁶⁹ Expediente núm. 09617-2006-PA/TC, sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Constitucional Peruano, el 6 de abril de 2009.

⁷⁰ Véase “Problemi dell’omissione Legislativa nella Giurisprudenza Costituzionale”, en *Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti Costituzionali Europee*, Vilnius 2 – 7, giugno, 2008

⁷¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Aproximación al concepto...” *Op. Cit.* en la nota al pie no. 48, Pág. 60 También véase a SANTOS FLORES, Israel, *Op. Cit.* Pág. 36

otro orden social puede renunciar hoy a garantizar los derechos fundamentales,⁷² de ahí que la mayor parte de las libertades públicas requieren, para su efectividad, de la intervención de los poderes públicos, habiendo perdido nitidez la vieja distinción entre derechos de libertad y derechos de prestación. Esto afirma GÓMEZ PUENTE, a su juicio, casi todos los derechos y libertades tienen una dimensión prestacional o institucional difícilmente puede desvincularse de su ejercicio individual.⁷³ Este autor también considera que el contenido esencial de los derechos fundamentales y de ciertas garantías constitucionales para su efectividad exige una intervención positiva del legislador,⁷⁴ que es fuente de obligaciones legislativas, como ejemplo, el derecho a una medida legislativa concreta o el derecho a una medida legislativa institucional.

Esta afectación tiene que ver, en razón de su programación, la falta de “medidas complementarias” por parte los poderes constituidos que imposibilita garantizar su satisfacción material a todos los individuos, situación que también aplica respecto del no cumplimiento de obligaciones de desarrollo dictadas por el orden jurídico internacional de derechos humanos.⁷⁵

Ahora bien, en relación a las omisiones que no afectan derechos fundamentales consiste en que carecen de este grado de perentoriedad, y aunque igualmente menoscaban la eficacia de las normas jurídicas, permiten flexibilizar su concretización⁷⁶ o especificación.

⁷² SCHNEIDER, Hans Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, enero-febrero, Madrid, 1979, Pág. 30

⁷³ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador ... Op. Cit.* nota número 2, Pág. 264 y Ss.

⁷⁴ *Ídem*

⁷⁵ Véase a SANTOS FLORES, Israel, *Op. Cit.* pág. 36 y 37

⁷⁶ *Ídem*

Sobre la *concretización*, ARZOZ SANTIESTEBAN considera que desde el punto de vista político básicamente es realizada por el poder legislativo, que queda plasmada en la disposición que se controla, se fundamenta, formalmente, en la competencia atribuida por la Constitución para realizar la *configuración normativa* de los derechos fundamentales y, materialmente, en su *carácter democrático*. La concretización realizada por el tribunal Constitucional, se plasma en la sentencia de constitucionalidad o inconstitucionalidad resultante, se fundamenta, formalmente, en la competencia atribuida por la Constitución para la preservación de la supremacía de la Constitución y, materialmente, en la *supremacía de la Constitución*⁷⁷.

Este autor destaca que entre los derechos fundamentales y el legislador se suscita una relación singular, diferente de la existente entre el legislador y las disposiciones constitucionales que contienen otro tipo de *mandatos o enunciados jurídicos*⁷⁸.

3.4. Evitables e inevitables

Diversos autores consideran que estas omisiones recaen en un ámbito extrajurídico, dentro de la sociología o en la ciencia política. Las omisiones evitables son las que dependen prácticamente de la combinación de elementos y circunstancias de una situación, cuando el legislador no desarrolla los preceptos pese a que los hechos o circunstancias le obligan a hacerlo. Ahora bien, por lo que respecta a las omisiones inevitables, tienen como impedimento cuestiones de

⁷⁷ ARZOZ SANTIESTEBAN, Xabier, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014, Págs. 38 y 39

⁷⁸ ARZOZ SANTIESTEBAN, Xabier, *Op. Cit.*, Pág. 62

carácter político, social y/o económico, anverso al mandato o intención del legislador de desarrollar los determinados o diversos preceptos.⁷⁹

En relación a esta clasificación, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ considera que desde un punto de vista que casi se escapa del mundo jurídico, podemos hablar, de una terminología difícil de encontrar en las *omisiones evitables e inevitables*.

Así, él, muestra que las primeras se aluden a las situaciones en las que el legislador no desarrolla los preceptos constitucionales a pesar de que las “condiciones” en líneas generales, lo permiten. Continúa destacando en el sentido que, no se habla de supuestos en los que al legislador le basta con dictar una ley y no lo hace pese a ser posible reunir la mayoría suficiente sin ulteriores problemas, sino que se refiere a casos en los que la eficacia de tal norma legal queda en entredicho por carecer de dotaciones presupuestarias y otras actuaciones paralelas que podían haberse llevado a cabo en el contexto socioeconómico en el que se produce. Prosigue evidenciando que, con las segundas, se indican situaciones en las que los factores de corte extrajurídico sobre los que descansa la efectividad del derecho sumen al legislador en la tesitura de no poder desarrollar los preceptos constitucionales. En este sentido, parece que ciertos derechos sociales entrarían en el supuesto dadas las exigencias monetarias y organizativas que pueden suponer, quizás excesivas e inviables en épocas en que el ciclo económico no discurre por una de sus zonas altas⁸⁰.

⁷⁹ En un ámbito plenamente extrajurídico, las omisiones evitables son aquellas situaciones en las que el legislador no desarrolla los preceptos constitucionales pese a que las circunstancias (de modo, tiempo y lugar) autorizan dicho desarrollo legislativo. A *contrario sensu*, las omisiones inevitables se presentan como impedimentos de la realidad política y/o económica frente a la intención del legislador de desplegar normativamente determinado precepto jurídico concreto, véase, SANTOS FLORES, *Op. Cit.* Pág. 37.

⁸⁰ Continúa destacando que “Realmente el tema de los derechos sociales adquiere una complejidad que en este momento nos desborda. El interés de esta distinción se diluye en imponderables que disculpan o justifican un no actuar que debe tener de todos modos un análisis jurídico. Por otro lado, no dudamos que el grado de responsabilidad política estará supeditado a cuestiones de este tipo, reflexión que nos llevaría directamente al terreno de la

Traemos a colación como ejemplo, dentro del concepto amplio de la omisión, en la tipología de “inevitables” y relacionada a los derechos sociales, un asunto resuelto en Brasil. El contencioso fue una acción de inconstitucionalidad por omisión presentada por el *Partido los Trabajadores*. Ellos adujeron en la acción, la inobservancia por parte del Poder ejecutivo en la previsión del artículo 37.X de la Constitución, que aseguraba a los funcionarios públicos la revisión anual de su remuneración.

El Tribunal constató en su argumentación, que el artículo 37.X había sido reformado por la Enmienda Constitucional n.º 19, de 1998, quedando patente tras la reforma: la obligatoriedad de la revisión anual de la remuneración de los funcionarios de la Unión, previsión que implicaba la aprobación de una ley especial, de iniciativa privativa del Presidente de la República. El Tribunal apreció que hasta ese momento, pese a haber transcurrido tres años desde la aprobación de la Enmienda, y no obstante el fenómeno de la inflación, que se había hecho sentir ininterrumpidamente durante todo el período, no se había registrado ninguna actuación por parte de la Presidencia de la República con vistas a dar inicio al proceso legislativo destinado a hacer efectiva la indispensable revisión general de los sueldos de los funcionarios de la Unión. Así se consideró patente la mora legislativa, de responsabilidad del Presidente de la República, al tratarse de una materia en que la iniciativa legislativa le pertenece en exclusiva, y declarada en inconstitucional la omisión.

La respuesta por parte del Jefe del Estado en su iniciativa legislativa fue proponer un índice de incremento de los salarios de tan sólo un 3,5 por 100, sin considerar la inflación —la cual era muy superior ya a esa cifra— y la ausencia de subidas de los sueldos de los funcionarios durante el trienio 1999/2001.

Este litigio es un claro ejemplo de omisión inevitable, dónde la misma tiene relación con factores económicos y ésta se encuentra fuera del alcance del legislador, aun cuando se tenga toda la intención de remediarla. Otro ejemplo podría ser, fuera del ámbito jurídico, cuando el congreso intentase legislar sobre la omisión en la *ley de la oferta y la demanda* en la economía política, pues ésta se encuentra supeditada a los mercados internacionales.

4. Recapitulación

Uno. Podemos señalar con certeza que en el ámbito académico desde hace varias décadas se han estudiado a las omisiones en México a través de los dos trabajos reseñados al inicio de este capítulo. El primero es de Walter FRISCHI PHILIPP y Sergio TORRES EYRAS —en 1970—, el segundo de Germán BIDART CAMPOS —en 1978—. Independientemente de otros trabajos en el Derecho Comparado como es el de WESSEL —Alemania, en 1952— y el de MORTATI —Italia, en 1970 y 1972—. Con ello queda en evidencia que los estudios así como la técnica que analizamos en este trabajo no es nueva en México⁸¹.

Dos. En tiempos recientes también podemos afirmar que uno de los más novedosos medios de control de constitucionalidad es la inconstitucionalidad por omisión legislativa, que como su nombre dice, tiene como finalidad controlar la regularidad del orden jurídico ante las omisiones en que incurren los órganos legislativos en franco

⁸¹ BAEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, Porrúa, México, 2009, Pág. 1. Este autor, opina que el tema de la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas no es novedoso en México. Si bien es cierto que los estudios nacionales han sido más bien escasos, autores extranjeros han abordado la cuestión en revistas mexicanas. Por otro lado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ considera que en la actualidad resulta innegable la trascendencia que ha adquirido el instituto de la inconstitucionalidad por omisión en el campo científico del derecho constitucional. En unos pocos años, desde mediados de los años noventa del pasado siglo, la doctrina le ha prestado una atención desconocida hasta ese momento. Por lo que la situación que denunciaba en un trabajo anterior —en 1997 y 1998— de su autoría, acerca de la escasez de literatura sobre esta figura, ya no podría hoy sostenerse en idénticos términos, *cfr.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Aproximación al concepto de..., *Op. Cit.* en la nota al pie no. 48, Pág. 17

incumplimiento de los *mandatos constitucionales para legislar* y que, por tanto, no permiten que las normas de la carta fundamental desplieguen correctamente su eficacia jurídica.⁸²

Tres. Ante ello, queda claro que no se trata de un “acto inconstitucional”, sino de una *omisión*⁸³ que deviene inconstitucional. No se trata de una conducta positiva sino negativa u omisiva por parte de los órganos encargados de dictar disposiciones de carácter general.⁸⁴

Cuatro. Es sumamente destacable el hecho de que en libros “recientes” esta figura todavía no se contempla como un mecanismo de control de la constitucionalidad, ya que tradicionalmente se pensaba que la inconstitucionalidad sólo podía darse mediante actos o leyes contrarios a la Constitución, pero nunca ante la ausencia de éstos.⁸⁵

Cinco. Parafraseando a ETO CRUZ no cabe duda que la inconstitucionalidad por omisión es uno de los temas más ingratos y erizados de controversias en los predios de la teoría constitucional y, en especial, del derecho procesal constitucional. El arsenal teórico en este campo de batalla provoca más de una argumentación polémica de calibre desigual, bien sea por quienes asumen el reconocimiento del fenómeno y tratan de encontrar el mecanismo de solución —posición a favor— o de aquellos que niegan su existencia —posición en contra—.

⁸² RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, “La acción de Inconstitucionalidad...” *Op. Cit.* en la nota al pie no. 31, Pág. 201

⁸³ (...) sabido es que la Constitución puede ser vulnerada no sólo por acción, sino, también, por omisión; concretamente, en este último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se haga o cuando se legisla deficientemente, esto es, plasmando —v. gr.— una reglamentación insuficiente o discriminatoria. Ello sentado, ¿sería lícito (y, sobre todo, legítimo) permitir que los órganos del poder constituido, mediante su inercia, inhiban la vigencia de la Constitución o paralicen el ejercicio del algún derecho contenido en un mandato constitucional y sujeto a desarrollo normativo ulterior? Es obvio que no, ya que la supremacía de la Constitución determina que ésta sea indisponible para aquéllos. BAZÁN, Víctor, “Respuestas normativas y ...” *Op. Cit.* en la nota al pie no. 59, Pág. 99

⁸⁴ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, “La acción de Inconstitucionalidad...” *Op. Cit.* en la nota al pie no. 31, Pág. 202

⁸⁵ *Ibidem*, Pág. 203

Con todo, más allá de estas posturas, el tema que sigue motivando reflexiones es cómo encontrar los antidotos o los mecanismos idóneos para conjurar este mal endémico y generalizado en los Estados constitucionales contemporáneos y afirmar la eficacia plena de las normas constitucionales.⁸⁶

Seis. La idea que más se ha consolidado sobre la inconstitucionalidad de las normas, consiste en creer que resulta técnicamente más fácil anular las leyes en la actividad que positivamente transgreden a la Constitución, que subsanar las transgresiones operadas por omisiones inconstitucionales. Pero lo que hay que reivindicar con ahínco es el principio de que tanto se vulnera la Constitución cuando no se hace lo que ella manda, como cuando se hace lo que ella veda⁸⁷. Quizás este sea un buen argumento de la procedencia de la técnica.

Siete. Cuando las normas entran en crisis, se cuestionan su legitimidad, su validez, se incumplen, o cuando fracasan los objetivos y finalidades perseguidos por la política legislativa, ante la inadecuación de los medios propuestos en los fines pretendidos⁸⁸ por las leyes, allí entra en juego la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Ante ello, como apunta TOMAS Y VALIENTE, es necesario hacer una invitación al estudio de esta cuestión de modo distante, sosegado, con interés e imparcialidad⁸⁹.

⁸⁶ ETO CRUZ, Gerardo, "Una defensa constitucional: La acción de inconstitucionalidad por omisión", en *Defensa de la Constitución: Garantismo y Controles, Libro en Reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, Págs. 807 y 808.

⁸⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., "La justicia constitucional y la ..." *Op. Cit.* en la nota al pie no. 10, Pág. 13.

⁸⁸ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, "El Estado Social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 69, septiembre-diciembre, 2003, Pág. 140

⁸⁹ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, "A modo de sugerencia: notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador", en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Págs. 110 y 111. Este mismo artículo se encuentra publicado en *El Parlamento y sus Transformaciones Actuales*, Madrid, Tecnos, 1990,

CAPÍTULO II LA DOCTRINA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA COMO CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Introducción

El problema de la inconstitucionalidad por omisión desde no hace muchas décadas viene suscitando el interés de la doctrina, principalmente en el Derecho Constitucional Comparado. Esto significó que durante bastante tiempo no se estudió a esta técnica. La doctrina española⁹⁰ la ha desarrollado a través de principios como son la supremacía de la Constitución, la función transformadora del constitucionalismo social, la fuerza normativa de la Constitución, y los mandatos al legislador, entre otros⁹¹.

Así las cosas, resulta interesante abordar algunos de estos principios en este capítulo, puesto que, como afirma BAPTISTA MACHADO, ningún legislador es capaz de prever todas las relaciones de la vida social merecedoras de tutela jurídica, por mas *diligente y precavido* que sea⁹².

Luego entonces, “en el marco del Derecho comparado”, a manera de pinceladas en los epígrafes siguientes haremos un repaso general de esta figura, destacando su origen en Yugoslavia en la década de los

⁹⁰ BIDART CAMPOS, Germán J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995; también véase del mismo autor “Algunas Reflexiones sobre las omisiones legislativas” en *inconstitucionalidad por omisión* (Coord.) BAZÁN, Víctor, Santa fe de Bogotá, Colombia, Temis, 1997, Pág. 1

⁹¹ Cfr. AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, “El control de constitucionalidad... *Op. Cit.*”; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad... Op. Cit.*; VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad ... Cit.*; GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador ... Op. Cit.*; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La búsqueda de nuevos cauces ... *Op. Cit.* Estas obras se encuentran descritas en la nota 2.

⁹² BAPTISTA MACHADO, J. *Introdução do direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, 1990, Pág.192. —Traducción propia—.

setenta, su evolución y circulación a Portugal, para posteriormente analizar su incorporación a la Constitución de Brasil.

1. Origen y antecedentes en la antigua Yugoslavia

Prácticamente todos los estudios convergen que este medio de control de la constitucionalidad surgió en la doctrina europea, sobre todo en la italiana y la alemana, pero el momento en que se incorporó por primera vez en un texto constitucional fue en 1974, en la Constitución de la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia, donde se permitía controlar a cualquier órgano competente que no hubiere dictado las normas necesarias para la ejecución de las disposiciones de la Constitución o de las leyes federales⁹³. El artículo 377 establecía:

“Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia constatare que un órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para la ejecución de las disposiciones de la Constitución, de las leyes federales, estando obligado a dictarlas, dará conocimiento de ello a la Asamblea de República Socialista Federativa de Yugoslavia⁹⁴.”

Se observa como el precepto descrito asume un concepto de inconstitucionalidad por omisión que gira en torno a la falta de desarrollo que imposibilita la ejecución de las disposiciones de la Carta

⁹³ Véase concretamente a FERNANDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por...Cit. en la nota al pie no. 2*, Pág. 244; SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo, “La Acción por Omisión Legislativa como Medio del Control Constitucional en el estado de Quintana Roo,” en *Derecho Constitucional Estatal, Memorias del VI y VII Congresos Nacionales de Derecho Constitucional de los Estados*, GÁMIZ PARRAL Máximo N., ASTUDILLO REYES César I., de los SANTOS OLIVO Isidro, y ARMIENTA HERNÁNDEZ Gonzalo, (Coord.) México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009, Págs. 412 y 413; SAGÜÉS, María Sofía, “Garantías de control de la inconstitucional por omisión,” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional (Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación)*, 4ª. Ed., Tomo IV, México, Porrúa, 2003, Pág. 3, 094.

⁹⁴ *Ídem*.

Suprema. A esta idea añade otras similares referidas a la carencia de ejecución de leyes federales y de prescripciones federales y actos generales⁹⁵.

Salta a la vista que la competencia era ejercida «de oficio» por el Tribunal Constitucional, en este ordenamiento de corte socialista⁹⁶. Parece razonable hallar el origen de esa previsión constitucional en la idea de los constituyentes de asegurar en el futuro el cumplimiento real y efectivo de la concreta ideología que recoge la Norma Fundamental del escindido Estado yugoslavo. Una idea que también puede predicarse, en sus inicios, en el supuesto portugués, que parece claramente influido por el precedente analizado en este apartado, tal y como veremos más adelante⁹⁷. La Constitución portuguesa se escribe también en un momento revolucionario o socialista, no olvidemos la *revolución de los claveles*.

Por otro lado, QUARESMA considera que, la labor del Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia se circunscribía a “*constatar*” que un órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para poner en ejecución las disposiciones de la Constitución, no obstante estar obligado a ello y, posteriormente, a “*dar conocimiento*” de

⁹⁵ De esta forma, hace una rápida y general precisión de la inactividad responsable en que caen los órganos competentes para la ejecución de las normas aludidas. En vista al mismo puede decirse que el Tribunal Constitucional efectuaba una doble labor: primero constataba tal omisión, acto seguido informaba al órgano legislativo. La regulación terminaba ahí por lo que había que entender que nos hallábamos ante una recomendación sin coacción jurídica, quedando la reprochabilidad de la inacción del legislativo en el terreno político. Aunque esto se encontraba matizado por el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal y los de las Repúblicas y de las provincias Autónomas podían presentar a los órganos legislativos competentes propuestas de elaboración o modificación de leyes o tomar otras medidas que persiguieran la garantía de la constitucionalidad o de la legalidad. Además, podían abrir *ex officio* el proceso de control de la constitucionalidad. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por...* *Cit.* en la nota al pie no. 2, Págs. 245 y 246.

⁹⁶ AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, “El control de constitucionalidad ... *Cit.* en la nota al pie no.2, Pág. 192, esta autora destaca que al menos lo era “a nivel formal”.

⁹⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Op. Cit.* Págs. 245 y 246

tal situación a la Asamblea, es decir, el órgano legislativo⁹⁸.

Esta misma autora señala que el Tribunal de Garantías Constitucionales recibía ⁹⁹ también competencia para presentar propuestas al Poder Legislativo para revocar, alterar o crear las leyes necesarias para la plena eficacia de los preceptos constitucionales establecidos¹⁰⁰.

Ahora bien, una de las conclusiones a la que podemos arribar, es que en Yugoslavia, por el régimen y tipo de gobierno socialista que poseía, no puede argumentarse que ese país haya exportado el modelo de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, sino más bien debe entenderse que este modelo circuló a diversos países, a través de una *imitación consciente*¹⁰¹.

También podemos aseverar, al hilo de los diversos materiales analizados para esta investigación, que al parecer este mecanismo de control de la constitucionalidad no fue usado en la antigua República Socialista de Yugoslavia. En cierta medida, el hecho de no usarse se debió a circunstancias políticas, en particular, a la cooptación de todos los poderes a través de la omnipresente centralización de las decisiones, en el régimen del presidente *Josip Broz Tito*¹⁰².

A manera de interpretación de los hechos, incluso es posible que no haya habido tiempo para consolidar esta figura en Yugoslavia,

⁹⁸ QUARESMA, Regina, *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e prática*, Río de Janeiro, Editora Forense, 1995, Pág. 54

⁹⁹ Aunque no se tiene evidencia real de ello.

¹⁰⁰ QUARESMA, Regina, *Op. Cit.*, Pág. 54

¹⁰¹ Entrevista realizada al Profesor Lucio PEGORARO por el suscrito en Madrid, Mayo del 2010.

¹⁰² Muestra de ello, quizá se ilustre en cómo la gente utilizaba una frase de uso común pero con un fuerte sentido filosófico y político: "*Yugoslavia tenía siete fronteras, seis repúblicas, cinco nacionalidades, cuatro idiomas, tres religiones, dos alfabetos y un líder*". Con ello se indicaba el fuerte control central que debían estar sometidos sus habitantes en su existencia como nación. Todo ello ocasionó conflictos, contradicciones y discordias etno-religiosas.

porque tras la muerte de Tito surgieron luchas sociales, y como consecuencia de ello la caída del socialismo en Europa Central y Occidental.

2. Evolución y circulación a Portugal

Posteriormente, la Constitución de Portugal del 2 de abril de 1976, reformada en 1982, adoptó a esta figura, con la intención de salvaguardar la eficacia de su texto constitucional ante las omisiones del Poder Legislativo¹⁰³. En el artículo 283 establece:

“1. A requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del pueblo o, con fundamento en una violación de los derechos de las regiones autónomas o de los Presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional *aprecia y verifica el incumplimiento* de la inconstitucionalidad por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales.

2. En el supuesto de que el Tribunal Constitucional verificase la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente”¹⁰⁴.

Desde nuestra perspectiva, este mecanismo evolucionó a partir del modelo previsto en la antigua Yugoslavia, para posteriormente

¹⁰³ Con mayor profundidad en el reconocimiento de este medio de control, véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por...Cit. en la nota al pie no. 2*, Págs. 245 y 246. También a BAZÁN, Víctor, “*Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado*”, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *En busca de las normas ... Cit. nota 17*, Págs. 109 y Ss. BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales ... Cit. en nota número 59*.

¹⁰⁴ Las cursivas son mías. Artículo 283.1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente. FERNANDEZ RODRÍGUEZ, José julio, *La inconstitucionalidad por...Cit. en la nota al pie no. 2*, Pág. 254; SAMANIEGO SANTAMARIA, Luis Gerardo, “*La Acción por Omisión . . . Cit. en la nota 93*, Pág. 143

circular a Portugal a través de una *imitación consciente* de las instituciones constitucionales. Un fenómeno que consiste en la ponderada voluntad del constituyente de imitar un cierto modelo constitucional, siendo plenamente consciente de las razones y de los fines que se pretenden alcanzar¹⁰⁵.

Así, en relación al modelo previsto en Portugal, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, afirma que dicho concepto gira entorno a la *inaplicación* de los artículos no directamente exigibles de la Carta Magna por la ausencia de la legislación que les dote de aplicabilidad. Por lo tanto, sólo son jurídicamente relevantes en el ordenamiento luso las omisiones de medidas legislativas, es decir “lo que excluye el control de la inconstitucionalidad por omisión de los actos no legislativos, principalmente de actos políticos”¹⁰⁶.

Quizá por ello GOMES CANOTILHO plantea que este mecanismo debe mantenerse, no para deslegitimar Gobiernos y Asambleas inertes, sino para asegurar una vía de publicidad crítica y procesal contra la Constitución no cumplida¹⁰⁷ en Portugal.

¹⁰⁵ En la *imitación* pueden distinguirse dos actitudes internas: la *imitación consciente subjetiva*, en donde los constituyentes asumen como modelo determinadas instituciones de un país, aspirando a conseguir un clima análogo dentro de la vida pública y estatal; la *imitación consciente objetiva*, en cambio, sería aquella basada en valoraciones racionales y objetivas, por las cuales el modelo imitado resulta ser el mejor en función de su capacidad de adaptación a las condiciones políticas, económicas y sociales del país. PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, *Introducción al derecho público comparado (metodología de Investigación)*, Astudillo, César, Traductor, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2006, *Págs. 109 y 110. Véase también* ESCARRAS, J. C., “Modello francese e riforma costituzionale italiana”, *Politica del diritto*, Bolonia, Il Mulino, núm. 3, 1988, Pág. 491

¹⁰⁶ Los preceptos correlacionados son los artículos 137.G) y 290.I) de la Constitución y 67 y Ss. De la Ley 28/1982, de 15 de noviembre, del Tribunal Constitucional. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por...Cit.* en la nota al pie no. 2, Pág. 254. También señala que la carencia de legislación opera como causa. Su consecuencia es la *inaplicación* y, por lo tanto, la ineficacia de ciertas y concretas normas de la Ley Fundamental, especialmente aquellas que necesitan de manera indefectible la *interpositio legislatoris* al no ser exigibles de forma directa, con lo que esta posición se aleja del concepto.

¹⁰⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15. Núm. 43. Enero-Abril 1995, Pág. 19

Este mismo autor, de modo rotundo, señala que la expresa consagración de la inconstitucionalidad por los comportamientos omisivos del legislador era una consecuencia lógica y necesaria del carácter predominantemente prescriptivo y dirigente de la Carta de 1976¹⁰⁸.

Por otro lado, VAGLI insiste también, que, desde una óptica de Derecho comparado, el control de la constitucionalidad por omisión en Portugal presenta algunas características comunes al sistema previsto por la Constitución yugoslava de 1974¹⁰⁹.

Continuando con la línea comparada, FERNÁNDEZ SEGADO, señala que en Portugal el control de la inconstitucionalidad por omisión, es encomendado al *Conselho da Revolução*, en cuanto garante último de la observancia de la Constitución —artículo 279 en conexión con el artículo 146 del texto de 1976—; y que la herramienta se visualizaba como un instrumento con el que velar para la adopción de las medidas necesarias para el *cumplimiento de los principios constitucionales* y de las *misiones fundamentales del Estado*. Entre ellas, la de socializar los medios de producción y la riqueza —artículo 9º C—. Mientras en Brasil —afirma— el constituyente consagra este instituto, dando *prioridad al eficaz desarrollo de los derechos constitucionales*¹¹⁰. Se trata de dos puntos de partida o momentos constitucionales diversos.

¹⁰⁸ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador* (Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas), Coimbra Editora, Coimbra, 1982, Pág. 354.

¹⁰⁹ VAGLI, Giovanni, "Prime riflessioni sul controllo di costituzionalità per omissione in Portogallo", *Diritto e Società*, Nuova Serie, n. 4, CEDAM, Padova, 1997, véase especialmente la Pág. 586 In un'ottica di diritto comparato possiamo affermare che il controllo di costituzionalità per omissione in Portogallo presenta alcune caratteristiche comuni al sistema che era previsto dalla Costituzione Jugoslava del 1974.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El nuevo régimen jurídico de la ação de inconstitucionalidade por omissão: la ley brasileña n.º 12.063, de 27 de octubre de 2009, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid, 2010, Pág. 125

El juicio de inconstitucionalidad por omisión —sostiene MIRANDA— se traduce en un juicio sobre el tiempo en que debería ser elaborada la norma: ninguna omisión puede ser descrita en abstracto, solamente en concreto, determinada por hechos de signo positivo. La ausencia o insuficiencia de la norma legal no puede ser deslindada de un determinado *tiempo histórico*, señalado por la necesidad de producción legislativa y cuya duración, mayor o menor, será prefijada —muy raramente— por la propia Constitución o dependerá de la naturaleza de las cosas¹¹¹.

Así, el órgano de *fiscalización*, sin sustituir al órgano legislativo, ha de medir e interpretar el tiempo transcurrido, ese tiempo que fuera dado al órgano legislativo —competente— para emitir la ley; y habrá de pronunciarse por la omisión siempre que, ponderados todos los elementos, reconozca que el legislador, frente a determinadas circunstancias en las que se colocó o fue colocado, no solo podía sino que debía haber emitido la norma constitucional. Pues el significado último de la inconstitucionalidad por omisión consiste en la separación, por omisión por parte del legislador ordinario, de los criterios y valores de la norma constitucional no exigible; esa separación únicamente puede ser reconocida en el tiempo concreto en que uno y otro se muevan¹¹².

Una de las críticas en cuanto al modelo previsto en Portugal, se ve en la trayectoria que ha tenido al observar cómo, en aproximadamente 25 años de existencia del Tribunal Constitucional, fueron presentados apenas siete pedidos de fiscalización de inconstitucionalidad por omisión legislativa, en donde sólo en dos casos el Tribunal

¹¹¹ Así la naturaleza de la norma constitucional no exigible por sí misma en confrontación con las situaciones de hecho, inclusive con las situaciones que, aún al margen de la norma constitucional, el legislador ordinario esté obligado a crear. MIRANDA, Jorge, “La justicia constitucional en Portugal”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 1, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, Págs. 345 y 346.

¹¹² Ídem

Constitucional consideró efectivamente procedente dicha inconstitucionalidad¹¹³.

3. Incorporación a la Constitución de Brasil

De Europa esta técnica emigró al continente americano, y se incorporó a Brasil, siendo el primer país de América Latina en adoptar este medio de control en el artículo 103, apartado 2, de la Constitución de 1988, que incluyó la acción de inconstitucionalidad por omisión. Se dispone que procede contra los poderes públicos, incluso los órganos administrativos. Cabe señalar que en este país también se adoptó a nivel estatal en las Constituciones de Río Grande do Sul, San Pablo, Río de Janeiro y Santa Catarina¹¹⁴. Estableciéndose que:

“Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días.”

La acción de inconstitucionalidad por omisión encuentra pues en Brasil su fuente de inspiración última en el instituto equivalente de la

¹¹³ “Para o demonstrar bastará evidenciar que, em cerca de 25 anos de existência do Tribunal Constitucional, apenas foram apresentados sete pedidos de fiscalização da constitucionalidade por omissão de legislar e, destes, apenas em duas situações o Tribunal Constitucional considerou efetivamente verificada uma situação de inconstitucionalidade”. Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, “A Omissão Legislativa na Jurisprudência Constitucional”, *Relatório Português para o XIV Congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*, Vilnius, Junho 2008, Pág. 63. Para mayor profundidad sobre la Constitución portuguesa véase a TAJADURA TEJADA, Javier (Coord.), *La Constitución portuguesa de 1976, un estudio académico treinta años después*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, esta obra es una larga y comprensiva visión de conjunto de la Constitución portuguesa de 1976 en la que no sólo se analizan las características fundamentales sino también su evolución singular y encuadramiento en el constitucionalismo contemporáneo. Como se advierte especialmente en el Prólogo elaborado por José Manuel Moreira Cardoso da Costa; así como la reseña de este libro, elaborada por ESTRADA MARÚN, José Antonio, “Reseñas bibliográficas”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho constitucional*, número 20, enero-junio, México, IIJ-UNAM, 2009, Págs. 377-390.

¹¹⁴ SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo, “La acción por omisión ... Cit. en la nota 93, Pág. 413.

Constitución portuguesa. No parece que puedan caber muchas dudas al respecto¹¹⁵. Como puede verse la doctrina brasileña, por lo general, ha coincidido en tal apreciación. Así lo admite, por ejemplo, AFONSO DA SILVA, quien lamenta la oportunidad perdida por el constituyente brasileño de haber ido más allá de lo que fue el portugués¹¹⁶.

Continuando en esta línea, VELOSO apunta que, aunque la Constitución de Yugoslavia de 1974, en el artículo 377, ya menciona a este mecanismo, el constituyente brasileño se ha inspirado en el artículo 283 de la Constitución de Portugal¹¹⁷.

Una vez promulgada la Constitución Federal, comenzó el proceso en los distintos Estados miembros para la elaboración de sus respectivas cartas constitucionales, siendo promulgadas las últimas el 5 de octubre de 1989. De entre ellas destaca, por su previsión expresa de la omisión inconstitucional, la Constitución de “*Rio Grande do Sul*”, promulgada el 3 de octubre de 1989, que en su artículo 95.1 recoge la legitimidad activa para interponer acción de inconstitucionalidad de ley o de acto normativo o por omisión. También pueden ser citadas la Constitución del Estado de *São Paulo* (artículos 74.VI y 90, 4) y la del Estado de Santa Catarina (artículo 85).¹¹⁸

Retomando el punto sobre la inspiración de esta técnica en el boceto portugués de análoga acción, no significa en modo alguno que no se puedan apreciar diferencias significativas entre uno y otro modelo. Por poner un ejemplo concreto, MODESTO visualiza tres

¹¹⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El nuevo régimen jurídico de (Brasil) ... *Cit.* en la nota 110, Pág.121

¹¹⁶ AFONSO DA SILVA, José, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., 3ª tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, 1993, Pág. 49.

¹¹⁷ VELOSO, Zeno, *Controle jurisdiccional da constitucionalidade*, 3ª. ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2003, Págs. 248-249

¹¹⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por ... *Cit.* en la nota 2, Pág. 279 y 280

desemejanzas relevantes, relativas: a). al *objeto del control*, más amplio en Brasil; b). a la *legitimación activa*, también bastante más amplia en la Constitución brasileña, y c). a los *efectos atribuidos a la decisión* que constata la omisión inconstitucional de un órgano administrativo¹¹⁹.

Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, llama la atención el tono imperativo con el que se regula la obligación, real y efectiva y no mero actuar potestativo, que sujeta a los órganos pertinentes para llevar a cabo las medidas que aseguren la eficacia de los preceptos constitucionales¹²⁰.

No deja de poner de manifiesto la mentalidad reinante entre los elaboradores del Texto Básico, mentalidad que discurre por los derroteros de la idea de Constitución como auténtica norma jurídica y, por lo tanto, con la auténtica fuerza obligatoria¹²¹.

Esta técnica es reflejo y consecuencia jurídica del propio perfil de la Constitución de 1988 que, en tanto Constitución dirigente, exige la vinculación de los Poderes Públicos a su realización. Tal vinculación sólo sería posible si se confiriese a la omisión de estos mismos poderes un sentido jurídicamente negativo. Y ese sentido jurídicamente negativo se identifica con la noción de inconstitucionalidad por omisión¹²².

En los tiempos que actualmente corren existe bastante interés científico —o doctrinal— que objetivamente despierta las novedades de Brasil. Entre las cuales el instituto brilla con propia luz, y ya ha originado varios estudios fuera de sus fronteras, todos ellos repletos de

¹¹⁹ MODESTO, Paulo, "Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica", *Revista de Direito Público*, Ano 25, n.º 99, Julho/Setembro, 1991, Pág. 124

¹²⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Op. Cit.* Pág. 279

¹²¹ *Ibidem*, Pág. 279 y 280

¹²² PIOVESAN, Flávia, *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, Pág. 103

juicios positivos¹²³.

También no debemos dejar de pasar por alto al denominado «*mandato de injunção*». Un recurso singular establecido en la actual Constitución brasileña, que se dirige a la protección de derechos fundamentales por los órganos judiciales ordinarios cuando existiesen lesiones de los mismos como consecuencia de la pasividad u omisión de los poderes públicos, de suerte que el Juez podría crear la norma concreta de aplicación al caso. De ahí su similitud léxica con el *writ of injunction* propio del derecho de origen inglés¹²⁴, y su importancia en la técnica que estamos estudiando.

Finalmente, la acción directa de inconstitucionalidad por omisión pretende acabar con el histórico falseamiento de las previsiones constitucionales, muy particularmente de las relativas a los derechos y las libertades, que se ha producido en Brasil por la sistemática inacción del legislador. Se trata de un instituto procesal autónomo reconducible a los procesos de control normativo de la constitucionalidad, cuyo objeto es la omisión de un acto normativo del poder público, y no sólo, a diferencia de Portugal, del *poder legislativo*, que inviabilice la plena eficacia de la norma constitucional¹²⁵.

¹²³ GOMES CANOTILHO, José Joaquín, “*Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos-O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Protecção contra as Omissões Normativas*”, en DE FIGUEIRO TEIXEIRA, Sálvio (Coord.), *As Garantias do Cidadão na Justiça*, Saravita, São Paulo, 1993, Págs. 351 y Ss. También FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por...* Cit. en la nota 2, Véase especialmente la Pág. 296 y 297, quien hace hincapié en la necesidad de realizar investigaciones sobre este ordenamiento y que la atención doctrinal también es elevada entre los autores de Brasil, encontrándose aportaciones de verdadera calidad, lo cual revela cómo, poco a poco, la doctrina brasileña se está convirtiendo en imprescindible a la hora de analizar la inactividad vulneradora de la Constitución como ya lo era la doctrina alemana y la portuguesa.

¹²⁴ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “¿Revisar la/o romper con la ...Cit. en nota 107, Pág.18

¹²⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El nuevo régimen jurídico de (Brasil) ... Cit. nota número 110, Pág. 119

4. Justificación y argumentos para la procedencia como control de la constitucionalidad

En los subsecuentes epígrafes, analizamos algunos argumentos sobre la procedencia de esta técnica¹²⁶. Como hemos mencionado en el capítulo anterior, nuestra investigación se centra en evidenciar a las omisiones ya sea en los sistemas en que la técnica está constitucionalizada o es de creación jurisprudencial¹²⁷.

Desde una posición tradicional, BISCARETTI DI RUFFIA señala que, “si no hay —ni se puede configurar— procedimiento jurídico alguno para obligar al legislador ordinario a desplegar su actividad, al respecto, está claro que cuando se abstiene de estatuir (...), entonces por este camino viene a violar gravemente la constitución”¹²⁸.

Así que en los esquemas de un Estado de Derecho, democrático y constitucional no dejaba, de hecho, de resultar extraño la unanimidad doctrinal que existía en torno a la libertad del fin y de los tiempos en el ejercicio de la actividad legislativa. Fue así que en este contexto, algo permanecía también dogmáticamente oscurecido en un sistema regido por una Constitución que, en algunos casos, fijaba o imponía vinculaciones teleológicas a los órganos legiferantes, y que, al mismo tiempo, no establecía ningún remedio frente a las omisiones, silencios o

¹²⁶ Véase que diversos autores dudan de la existencia jurídica de esta institución, por ejemplo RUIZ MIGUEL, Carlos, “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista de Las Cortes Generales*, no. 51, Congreso de los Diputados, Madrid, 2000, Págs. 117- 134. De este mismo autor “L'incostituzionalità per omissione”, *Quaderni Costituzionali*, Il Mulino, Bologna, no. 4, Dicembre, 2003, Pág. 795-810, especialmente la página 802 esgrime que: Certamente alcuni ordenamenti lo hanno positivizzato ma, laddove tale operazione non fosse avventata, come giustificare la sua introduzione? Solo se la Costituzione gli conferisse tale facoltà, un órgano potrebbe assumere il compito di esaminare la possibile incongruenza de una attività legislativa rispetto a un precetto costituzionale che contenga un mandato a legiferare.

¹²⁷ Entiéndase “constitucionalizada” como sistemas positivados o incorporados a la Constitución, y en cuanto a “creación jurisprudencial”, a las sentencias interpretativas en sus diversas modalidades.

¹²⁸ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, traducción, prólogo y notas bibliográficas de Pablo Lucas Verdú, Madrid, 1987, Pág. 258

inercias de estos mismos órganos jurídico-teleológicamente vinculados¹²⁹.

Es aquí dónde llegados a este punto, quizá valdría la pena reflexionar sobre que la “Constitución no es una simple hoja de papel subordinada a la voluntad de los gobernantes de turno”¹³⁰ sino más bien un instrumento en dónde a través de diferentes principios constitucionales se puede exigir legislar y cumplir las normas constitucionales, pero ¿cuáles son estos principios para la procedencia de esta técnica?

Acto seguido entraremos a la descripción de cuatro pautas para la aplicación de esta técnica, aclaramos también que a nuestra manera de entender estas pautas son prácticamente enunciativas y no limitativas¹³¹. La primera es el dogma sobre el cual se ha construido todo el edificio del moderno Estado constitucional, la *supremacía constitucional*, es decir, el carácter de norma suprema que la Constitución reviste en el Derecho Constitucional de nuestros días. La segunda, la función transformadora de la sociedad de los textos fundamentales del *constitucionalismo social*.¹³² La tercera, es la *fuerza normativa de la Constitución*, de la que se desprende una vinculación que alcanza a todo poder público —incluyendo, desde luego, a los

¹²⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “¿Revisar la/o romper con la ...*Cit.* en nota 107, Pág. 14 y 15

¹³⁰ LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 3ª. Edición, Barcelona, Ariel, 1989, Pág. 78

¹³¹ Sin ánimos de polemizar podemos encontrar que dependiendo de la formación ideológica o académica, ésta lista de principios es muy variada. Por ejemplo, hallamos los conceptos de “imposición del poder constituyente”, “fraude a la Ley”, “valores constitucionales”, “encargos al legislador”. Este último suele ser utilizado como sinónimo de “mandatos al legislador”, entre otros.

¹³² TAJADURA TEJADA, Javier, “Reflexiones en torno a una figura polémica: La inconstitucionalidad por omisión”, *Defensa de la Constitución: Garantismo y Controles*, Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2003, Pág. 821 y Ss, también puede verse del mismo autor “*La inconstitucionalidad por omisión y ... Cit.* nota número 50, Págs. 294 y Ss.

Tribunales Constitucionales— y a la sociedad en su conjunto¹³³. La cuarta y última, los *mandatos al Legislador*, entendiéndose como instrucciones o pautas fijadas por los Tribunales Constitucionales respecto de la parte omitida por una norma, y en la que estas normas son indispensables.

4.1. La supremacía constitucional

En las últimas décadas la jurisdicción constitucional ha evolucionado, dando pasos firmes en todas las latitudes, logrando amplia aceptación. Obsérvese por ejemplo como hoy en día prácticamente no se concibe un *Estado de derecho* que carezca de procesos constitucionales para su salvaguarda. También es innegable que aquél que pretenda consolidarse como un *Estado constitucional de derecho* estará especialmente interesado en solidificar este sistema y asegurarse de que no existan actos u omisiones que queden fuera del control constitucional.¹³⁴

Entonces, debemos entender que la *supremacía constitucional* se distingue en que la Constitución es creada por un órgano especial y, por su parte, la legislación ordinaria deriva del órgano instituido por ella, esto muestra que el órgano creado por la Constitución, al producir la legislación ordinaria, no puede ir más allá de la voluntad del constituyente.¹³⁵

¹³³ “Los métodos interpretativos de los tribunales constitucionales iberoamericanos”, VII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, Pág. 62. También véase STC 5854-2005-AA, FJ 12

¹³⁴ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, “El control de las omisiones Legislativas en México, una invitación a la reflexión”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio por sus 50 años como investigador*, Volumen. 8, Procesos constitucionales orgánicos, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARRERA, Arturo (Coord.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, Pág. 626

¹³⁵ GAMAS TORRUCO, José, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1999, Págs. 1 y Ss.

Por ejemplo, en el ámbito de la aplicación de la Constitución norteamericana, por vía jurisdiccional, se elabora dogmática y sistematizadamente el principio de supremacía constitucional, a partir del fallo **Marbury v. Madison**, del año **1803**, en el cual la **Corte Suprema de EUA** asume la función de proteger la Constitución enfrentada a normas de inferior rango que la vulneren¹³⁶.

Quizá a partir de allí, la doctrina de la supremacía suministra argumentos para sostener que la Constitución se vulnera no solamente cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de hacer algo que ella manda que se haga. No hay zona alguna de reserva que el ejecutivo, el Congreso, o la administración puedan invocar para eximirse de hacer lo que la Constitución manda que hagan.¹³⁷

De este modo BAZÁN considera que en el ejercicio del control sobre las omisiones inconstitucionales persigue *–inter alia–* “componer” el imperio de la ley fundamental, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano¹³⁸ que realiza la omisión.

También RANGEL HERNÁNDEZ menciona que se escuchan muchas voces con argumentos muy sólidos que propugnan por el control de actos y omisiones de todos los poderes y sus órganos, en función de la supremacía constitucional, de la regularidad del orden jurídico, de una consolidación del Estado constitucional de derecho y, sobre todo, de una irrestricta defensa y protección de los derechos fundamentales.¹³⁹

¹³⁶ “Los métodos interpretativos de los tribunales ... *Cit.* nota numero 133, Págs. 41 y 42

¹³⁷ BIDART CAMPOS, Germán J. “Algunas reflexiones sobre ... *Cit.* nota numero 90, Pág. 3

¹³⁸ BAZÁN, Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a ... *Cit.* nota 59, Pág. 99

¹³⁹ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, “*El control de las omisiones* ... *Cit.* nota número 134, Pág. 643

Por otro lado, resulta obvio que una manera de alterar la ley suprema es no emitiéndose las normas que le son impuestas —mandadas— por aquella. De tal manera que su control de regularidad —ante la inactividad— vía jurisdiccional se ha convertido en una prioridad para alcanzar el principio de supremacía constitucional¹⁴⁰.

Entonces, ¿bastaría con guarecernos bajo el refugio de la manida pero acertada concepción que marca¹⁴¹ el control de constitucionalidad como noción jurídica que es inseparable de la Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado¹⁴²?

Como una cuestión preliminar TAJADURA TEJADA destaca que finalizada la Segunda Guerra Mundial el tema quedó definitivamente zanjado desde una perspectiva teórica. Las sucesivas Constituciones que vieron la luz en la segunda postguerra fueron concebidas y aprobadas bajo la idea de que el Estado constitucional solo podía funcionar adecuadamente si dichas constituciones eran comprendidas e interpretadas como auténticas normas jurídicas¹⁴³.

La *supremacía constitucional* incluso puede ser entendida como una cualidad política de toda Constitución, según destaca ARAGÓN REYES, en cuanto que es siempre —al margen de cualquier consideración ideológica— un conjunto de reglas que se tienen por

¹⁴⁰ BAEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por ...* *Cit.* nota numero 81, Pág. XIV, Véase especialmente el prólogo.

¹⁴¹ BAZÁN, Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a ... *Cit.* nota 59, Pág. 99

¹⁴² VILLAYERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad ...* *Cit.* nota numero 2, Pág. 3

¹⁴³ TAJADURA TEJADA, Javier, “Reflexiones en torno a ... *Cit.* nota numero 132, Pág. 823, “Dada la reducida eficacia normativa de las Constituciones decimonónicas no puede causar extrañeza el hecho de que todavía en la época de Weimar se discutiera sobre si los textos constitucionales deberían ser entendidos más como un conjunto de principios orientadores de la vida política del Estado, que como un verdadero sistema de normas jurídicas realmente vinculantes. Este mismo autor destaca que en la obra de Paolo BARILE sobre *La Costituzione come norma giuridica*, publicada tras la aprobación de la Constitución italiana de 1947 se puede considerar como una de las primeras aportaciones a la nueva orientación del constitucionalismo contemporáneo”.

fundamentales, es decir, por esenciales, para la perpetuación de la forma política¹⁴⁴.

Por ejemplo, en Argentina, la supremacía constitucional persigue la finalidad de asegurar la permanencia de la Constitución, y con ella, el régimen político que aquélla formaliza, por medio de la fuerza normativa bilateral e isonómica de la Constitución y de la regulación de las fuentes del derecho. La legalidad y la estabilidad jurídica derivan del principio de supremacía —expresa BIDART CAMPOS—. Es esa fijeza, pues, la que va a permitir imponer a los órganos estatales subordinados la obligación de emitir regulaciones armónicas y congruentes con la Constitución¹⁴⁵.

En España, el principio de constitucionalidad aparece expresamente recogido en el artículo 9 del texto fundamental¹⁴⁶. Allí se afirma rotundamente que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Principio que queda confirmado por lo establecido en la disposición derogatoria tercera, en virtud de la cual “quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”. El carácter de norma suprema, “fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico” en palabras del **Tribunal Constitucional en la STC 16/1982**, —de 28 de abril—, queda asegurado, por una parte, merced a la rigidez

¹⁴⁴ ARAGÓN REYES, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 50. Marzo-Abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1986, Pág. 23

¹⁴⁵ BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho Constitucional*, Bs. As., Vol. I, Ediar, 1963, Pág. 210. También véase a DÍAZ RICCI, Sergio, “Supremacía de la Constitución”, *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Morodo, Raúl y de Vega, Pedro (Directores), Tomo II, UNAM-UCM, Madrid, 2001, Págs. 928 y 929

¹⁴⁶ “Debido a dramáticas circunstancias históricas por todos sabidas, tuvo que esperar cuarenta años para reincorporarse al mundo constitucional, y cuando lo hizo, en 1978, se dotó de un texto constitucional normativo y con vocación de eficacia jurídica real (...)” Como apunta Javier Tajadura Tejada que en este caso resulta obligado citar la obra del administrativista Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA “*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*” como el más claro testimonio de los nuevos tiempos. TAJADURA TEJADA, Javier, “Reflexiones en torno a... *Cit. nota numero 132*, Pág. 823

del texto constitucional que le otorga el título X dedicado a la reforma, título por lo demás sumamente desafortunado en su redacción¹⁴⁷.

En México, en correspondencia con lo anterior, la supremacía de la Constitución se encuentra en el artículo 133, al establecer que las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, *serán la Ley Suprema de toda la Unión*. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados¹⁴⁸.

Así la SCJN ha sentado precedente en el sentido que “más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ *Ibidem*, Págs. 823 y 824. Véase en extenso a VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985. Quien atinadamente lo pone de manifiesto. Por otro lado también establece los procedimientos de control de constitucionalidad de los actos y normas jurídicas, especialmente, de las normas con rango de ley.

¹⁴⁸ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Congreso de Diputados, México, 2011. Así también la SCJN a sentado precedente a través de las tesis aislada localizable en la Novena Época, Registro: 172667, Instancia: PLENO, Tipo Tesis: Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Tomo XXV, Abril de 2007, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. VIII/2007, Pág. 6, SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de "supremacía constitucional" implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la "Ley Suprema de la Unión", esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.

¹⁴⁹ Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo X, agosto de 1999, tesis P./J.73/99, página 18, registro 193,558.

En la ya citada **STC 16/1982**, el Tribunal español afirma que “Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos... están sujetos a ella”¹⁵⁰.

La supremacía constitucional, argumenta FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, no sólo se limita a convertir a la norma básica en referente negativo, frontera que no puede ser traspasada, tanto desde el punto de vista formal como material, sino que también provoca que el proyecto que los constituyentes reflejaron en su obra sea de obligatorio cumplimiento. La falta de realización de semejantes obligaciones es también una violación de la supremacía constitucional, al colocar a los poderes ordinarios en el mismo nivel que la carta magna, desconociendo la subordinación que tiene que existir en nuestra actual construcción teórica¹⁵¹.

La vinculación a la obra del poder constituyente, en definitiva, se extiende también a la obligación de llevar a cabo aquellas actuaciones positivas que determinó ese poder constituyente al recoger el conjunto de valores, ideas y convicciones que configuraban el particular *ethos* del pueblo. Por lo tanto, la aceptación del instituto de la omisión vulneradora de la norma *normarum* repercutiría de manera positiva en la finalidad de asegurar el real cumplimiento de la voluntad del poder constituyente. Una voluntad que no sólo se plasma en prohibiciones, sino que también encuentra su reflejo en obligaciones de hacer para

¹⁵⁰ FJ 1. Como destaca también TAJADURA TEJADA, Javier, “Reflexiones en torno a... *Cit.* nota número 132, Pág. 823

¹⁵¹ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad...* *Cit.* nota número 2, Págs. 138 y 142

cuya efectividad está diseñado el instituto objeto del presente estudio¹⁵².

El legislador, como poder constituido, no puede ir en contra de la Constitución, obra del poder constituyente. Ahora bien, no menos evidente resulta que el legislador puede atentar contra esa voluntad del constituyente, tanto cuando actúa como cuando no lo hace, porque de su inactividad también pueden derivarse consecuencias contrarias a esa voluntad, especialmente, cuando de las omisiones del legislador se deriva la falta de efectividad real y plena de los preceptos constitucionales¹⁵³.

Se podrá contrarreplicar a dicha objeción, es cierto que el legislador, en los sistemas constitucionales contemporáneos, dotados de una Constitución rígida jurídicamente superior y jurisdiccionalmente garantizada, ha perdido gran parte de la supremacía que ostentaba en épocas pasadas, como ha quedado precedentemente apuntado, pero esta afirmación a lo más que puede conducir es a reafirmar la obligación constitucional del legislador de disciplinar determinados temas; y, por ende, la posibilidad del órgano de justicia constitucional de constatar la inconstitucionalidad de una omisión del legislador. Pero sigue ofreciendo dificultades el reconocer al Tribunal la posibilidad de arbitrar medidas ante dicha eventualidad, sin quebrar los principios de Estado de Derecho y, más aún, admitir la sustitución pura y simple del legislador por el órgano de justicia constitucional¹⁵⁴.

¹⁵² *Idem*

¹⁵³ TAJADURA TEJADA, Javier, "Reflexiones en torno a... *Cit.* nota número 132, Pág. 824, También considera que en España este instituto supone, en última instancia, extraer todas las consecuencias de la sustitución del dogma liberal de la soberanía del Parlamento por el de la soberanía del poder constituyente objetivada en la propia Constitución. La finalidad principal que el instituto que nos ocupa persigue no es otra que garantizar que la voluntad del Constituyente se realice en su plenitud.

¹⁵⁴ AGUIAR DE LUQUE, Luis, "El Tribunal Constitucional y la función... *Cit.* nota número 47, Pág. 26

Entonces, si entendemos que la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico, ésta adquiere el carácter de norma suprema sobre la cual las demás obtienen validez, por lo que todas aquellas que la contradigan deben ser expulsadas del ordenamiento, para salvaguardar el carácter superior del texto constitucional. En esta tesitura, la ley fundamental dispone los procedimientos a través de los cuales se crearán el resto de las normas para ser válidas; es decir, establece el sistema de fuentes sobre el que han de promulgarse las demás.¹⁵⁵

De esta suerte, el diccionario jurídico mexicano recalca que su importancia como mecanismo de control de la constitucionalidad, consiste en que uno de los principios fundamentales en que descansa el Derecho Constitucional es el de la supremacía de la Constitución, que consiste en la actualidad de fungir como la norma jurídica superior que da validez y unidad a un orden jurídico nacional. La Constitución es la fuente última de validez de un ordenamiento, de tal suerte que, para que una norma jurídica sea válida, requiere encontrar su fundamento, en su conformidad con las respectivas normas superiores y, en última instancia, con la Constitución.¹⁵⁶

En síntesis, la *supremacía de la constitución* acude cuando la técnica jurídica que nos ocupa insta a través de un juicio de subsunción lógico-normativo, para que se establezca un criterio de validez que permita invalidar los actos o las normas contrarios a la Constitución. Esta tarea se ha encomendado a alguna instancia de naturaleza jurisdiccional, es decir, que se encargue de controlar la

¹⁵⁵ SANTOS FLORES, Israel, *La omisión legislativa ... Cit.* en la nota al pie no. 18, Pág. 17

¹⁵⁶ *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, 9ª. Edición, México 1996, Pág. 3,023. Véase también en ÁVALOS DÍAZ, Sofía Verónica, *La Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Su tutela en el derecho mexicano*. Pág. 1 y 2. www.scjn.gob.mx (consultado el 30/junio/2010).

constitucionalidad de actos, hechos, normas u omisiones, y de este modo contribuir a su realización efectiva¹⁵⁷.

4.2. La función transformadora del constitucionalismo social

Las constituciones actuales han incorporado nuevos principios que imponen al Estado deberes de prestaciones de naturaleza económica, social, cultural¹⁵⁸. Es sabido que la Constitución de México de 1917 fue la precursora de ese intento, tanto como que la Carta de Weimar es apuntada por la doctrina como el primer paradigma del llamado *constitucionalismo social*.

En esa lógica la consecuencia de estas pretensiones socioeconómicas, que conducirán al Estado de bienestar, tendrá su plasmación jurídica en la cláusula del Estado social de derecho¹⁵⁹.

Así, PÉREZ ROYO sostiene que “... tanto desde un punto de vista lógico como histórico el estudio del Estado democrático de derecho tiene que preceder al estudio del Estado social de derecho”, porque “...el Estado social es una consecuencia del proceso de democratización del Estado. El Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social en la medida en que tiene que atender y dar respuesta a las demandas de todos los sectores de la sociedad y no exclusivamente a la de una parte de la misma”¹⁶⁰.

¹⁵⁷ DÍAZ RICCI, Sergio, “Supremacía de la ... *Cit.* nota número 145, Pág. 929

¹⁵⁸ Actualmente algunas constituciones de América Latina hacen referencia al entorno natural, por ejemplo la *Pacha Mama* en Ecuador y Bolivia.

¹⁵⁹ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado ...*Cit.* nota número 88, Pág. 151

¹⁶⁰ PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2ª. ed., Madrid, 1995, Pág. 199

Sin embargo, CASCAJO colige con toda razón que la positivación jurídica de los derechos sociales, con ser importante, no es un dato definitivo para analizar el nivel de protección y eficacia que alcanzan estos derechos en los distintos ordenamientos.¹⁶¹

Igualmente, TAJADURA TEJADA nos evoca que las Constituciones no son un mero retrato de las relaciones existentes en la sociedad: no se resignan al conservadurismo social, quieren ser instrumentos útiles para la anticipación y la construcción del futuro, y para ello suministran los fines para la actuación de los poderes públicos¹⁶².

El arquetipo del artículo 9.2 de la Constitución española, que tuvo como modelo al artículo 3.2 de la Constitución italiana, encarga al poder público una función de transformación social. Se establece que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Una proyección o concreción de esos mandatos genéricos es el reconocimiento de los derechos sociales, que se encuentran principalmente, en el capítulo tercero del título primero de la Constitución.

Efectivamente, este mecanismo encuentra su fundamento en esa función transformadora de la sociedad propia de las Constituciones más avanzadas. Por lo que respecta a la Constitución Española, no olvidemos que desde su mismo preámbulo, —texto que sintetiza las

¹⁶¹ CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales, Cuadernos y debates*, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 5, Madrid, 1998, Págs. 81

¹⁶² TAJADURA TEJADA, Javier, “Reflexiones en torno a... *Cit.* nota número 132, Pág. 824 “Todo ello no es sino el lógico y necesario reflejo de un orden material de valores que antecede a la Constitución, lo que se traduce en la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de aquella, que a todos los poderes vinculan y a cuyo logro último debe orientarse la actuación de los poderes públicos”.

decisiones políticas fundamentales del Constituyente—, propugna como objetivo el establecimiento de una *sociedad democrática avanzada*, para lo que asigna determinados fines al poder público¹⁶³.

A manera de corolario, en México, no han sido relevantes los preámbulos que han precedido a las Constituciones que han estado en vigor. Es más, su relevancia ha ido disminuyendo para cada una de las Constituciones respecto de aquella que la precedió. Esta situación, desde luego, no es producto de la casualidad, como tampoco lo es que actualmente se considere que la Constitución no tiene preámbulo ni, en consecuencia, que éste desempeñe función jurídica alguna¹⁶⁴.

Con gran brillantez, FERNÁNDEZ RODRIGUEZ destaca que aceptar o recoger esta institución, no es algo, ni mucho menos, intrascendente para el devenir del sistema jurídico. Como queda apuntado, la construcción del Estado social y la función transformadora de la sociedad que ostenta hoy en día una carta magna, y que forman parte destacada del proyecto constitucional, recibirían un impulso difícil de valorar, pero en todo caso importante¹⁶⁵.

¹⁶³ Sobre el valor jurídico y la función política de las disposiciones preambulares, TAJADURA TEJADA, J., *El preámbulo constitucional*, Comares, Granada, 1997, Págs. 19-80. El autor señala que la determinación del valor de los textos preambulares ha de partir de la distinción entre valor jurídico y valor político. Así por valor jurídico examina su carácter normativo y su idoneidad como instrumento para la interpretación jurídica. En cuanto al valor político, la función que desempeñan los preámbulos constitucionales como síntesis de la decisión constitucional básica y como factores de integración nacional. En relación a la concreta disposición citada, véase a TAJADURA TEJADA, Javier, “La noción de sociedad democrática avanzada en la Constitución española de 1978”, *Sistema*, Madrid, núm. 147, 1998., Págs. 27-52; del mismo autor “Estudios preliminar: Valor jurídico y función política de los preámbulos constitucionales” y “Preámbulo de la Constitución de España de 1978”, en *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, TORRES DEL MORAL, Antonio y TAJADURA TEJADA, Javier, (Dirs), *cuadernos y debates*, No. 113, Madrid, CEPC, 2001.

¹⁶⁴ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Preámbulo de la Constitución de México”, en *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, TORRES DEL MORAL, Antonio y TAJADURA TEJADA, Javier, (Dirs), *Op. Cit.* Pág. 261

¹⁶⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad ... Cit.* nota número 2, Pág. 34. Obsérvese como de manera categórica este autor resalta que “la figura de la inconstitucionalidad por omisión *podría ser la espada que, empuñada por el Tribunal Constitucional, o por la opinión pública, obligase al desarrollo de aquello que resta por hacer*”.

Entonces, frente al incumplimiento de los principios o normas constitucionales que reclaman para su plena operatividad de una actuación positiva del órgano legislativo, ni puede ser esgrimida la falta de medios de coerción aptos para doblegar la voluntad del órgano que omite su obligación legislativa, ni tampoco cabe aludir, para no censurar la omisión, a la discrecionalidad del legislador —sostiene MORTATI—, que debe ceder frente a las prescripciones constitucionales que le impongan la obligación de proveer a la tutela de los derechos fundamentales¹⁶⁶.

Dicho con otras palabras, cuando la actividad jurídicamente relevante del legislador no se ciñe al marco jurídico-material de la Constitución, será perfectamente defendible constatar, en determinados supuestos, la existencia de una omisión materialmente inconstitucional. Negar esta posibilidad sería tanto como retornar a la situación de Weimar, en la que la Constitución no sólo dejaba de estar situada por encima del legislador sino que se encontraba además a la libre disposición del mismo¹⁶⁷.

De esta manera, tal vez se logran positivas consecuencias, sin duda un tanto imprevisibles, que irían desde la misma realización del proyecto constitucional hasta la participación en la búsqueda de soluciones a la crisis del Estado social, crisis que también fomenta la del Estado democrático y la del Estado de derecho.

¹⁶⁶ “La discrezionalità del legislatore deve cedere di fronte a prescrizioni costituzionali che gli impongono l’obbligo di provvedere alla tutela di diritti posti come fondamentali: obbligo che non esclude la determinazione del <<come>> adempiere ad essa, cioè la scelta dei modi (anche in sostituzione di quelli adottati dal giudice di merito in sede di esecuzione della sentenza costituzionale) ritenuti migliori per la sua soddisfazione, purchè non risultino tali da comprimere il contenuto minimo necessario a non rendere puramente illusoria la soddisfazione dell’interesse protetto”. MORTATI, Constantino, “Appunti per uno Studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, *Problemi di Diritto Pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Vol. III, Giuffrè, Milán, 1972, Pág. 992.

¹⁶⁷ TAJADURA TEJADA, Javier, “Reflexiones en torno a ... *Cit.* nota número 132, Págs. 825 y 826. Cuando la Constitución ordena a uno de los poderes del Estado el ejercicio de una competencia, ese poder está obligado a ponerla en movimiento. Y cuando su abstención implica o involucra un daño o gravamen para una persona, dicha persona, debiera estar legitimada para impulsar a la jurisdicción constitucional a controlar al órgano renuente a cumplir con sus obligaciones.

A manera de ejemplo sobre soluciones dadas por los tribunales constitucionales, encontramos en España **la STC 81/1982, de 21 de diciembre**, afirma que, desde el carácter social y democrático de derecho, “... debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas”. Evidentemente, la clave interpretativa del párrafo descansa en la salvedad «*sin razón suficiente*», lo que no excluye la reversibilidad de las conquistas sociales (cuando la realidad económica lo imponga) sino la reversión infundada, irrazonable y arbitraria. De hecho, el propio Tribunal argumenta, más adelante: “... sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores”¹⁶⁸.

Traemos a colación que en la **Corte constitucional colombiana**, encontramos otro ejemplo reciente en la **sentencia T-066 de 2010**¹⁶⁹, en la que reconoce la posición jurídica de un individuo al derecho social fundamental al mínimo vital. El pensionario (avanzada edad de 83 años) por una entidad del Estado se le suspendió de manera sorpresiva esa prestación. La Corte argumentó que la “Carta reconoce que el derecho fundamental al mínimo vital es predicable de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad ...”, al establecer la ilegalidad de la revocatoria unilateral e imprevista del acto administrativo de reconocimiento de la pensión del actor, decidió proteger el derecho al debido proceso y al mínimo vital, ordenando restablecer y efectuarle el pago de las mesadas pensionales dejadas de percibir. Razonando también que el *principio constitucional de dignidad humana*, sobre el que se establece el Estado social de derecho sirve de fundamento al derecho al mínimo vital, cuyo objeto no es otro distinto del de garantizar las condiciones materiales

¹⁶⁸ Así recalca FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado ... *Cit.* nota número 88, Págs. 174 y 175. También señala este autor que aceptar el principio de irreversibilidad de las conquistas sociales supondría haber hecho inviables algunas medidas del PSOE en materia de Seguridad Social o considerar inconstitucional la «Agenda 2010» del Canciller alemán Gerhard Schröder. Es decir, hacer imposible la gobernación y la viabilidad del Estado.

¹⁶⁹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia.

Retomando el argumento de la función transformadora del constitucionalismo social, destaca que, a diferencia del siglo pasado, los códigos constitucionales no son meros estatutos organizativos del poder que se limiten a precisar instrumentos de garantía frente al arbitrio de los poderes públicos. Las constituciones han ampliado sus contenidos para intentar cumplir, con idénticas pretensiones de eficacia, funciones de promoción y redistribución del bienestar social y económico. En definitiva, las leyes superiores han asumido, globalmente considerada, una *función transformadora de la sociedad*.¹⁷⁰

Entre la competencia legislativa y la vinculación a los derechos sociales, que puede hacer efectiva el Tribunal Constitucional, no se presenta un problema de contradicción lógica. No se trata de un dilema de todo o nada, que se deba zanjar mediante la aceptación de una regla general (la vinculación del Legislador a la Constitución) y una excepción (la desvinculación en cuanto a las regulaciones de los derechos sociales)¹⁷¹.

Más bien se trata de dos magnitudes que dirigen su fuerza en sentido contrario, que no pueden reducirse entre sí por completo y que, por tanto, deben ser compaginadas. La necesidad de que el Legislador disponga de un amplio margen de acción no despoja a los derechos sociales de toda su fuerza vinculante, como pretende la tesis de las normas programáticas, así como la vinculación que emana de estos

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, Pág. 329. Recapitula en el sentido que “acentúa la fuerza vinculante del programa constitucional, y en ello se ha de ver el germen de las construcciones teóricas de la omisión legislativa inconstitucional y del derecho subjetivo a la normación, como, lógicamente, de la búsqueda de vías procesales para convertir en realmente operativas esas categorías”.

¹⁷¹ *Ídem*

derechos no puede expropiar absolutamente al Parlamento de su libertad de decisión¹⁷².

El problema, no obstante, es encontrar un modo razonable para articular esta tensión, o, en otros términos, para poder definir la vinculación del Parlamento a los derechos sociales, de tal manera que no se haga efímera la libertad de configuración legislativa, que no sea suplantada por un mero decisionismo en cabeza del Tribunal Constitucional¹⁷³.

Para terminar, diremos que los Parlamentos en el ejercicio de las atribuciones económicas y sociales no gozan de un régimen de excepción o de inmunidad con respecto al principio de supremacía de la Constitución, ni siquiera en relación con el carácter jurídico de las disposiciones que tipifican los derechos sociales¹⁷⁴.

4.3. La fuerza normativa de la Constitución

Como ya es sabido a través de la historia universal, terminada la Segunda Guerra Mundial, el constitucionalismo alemán fue sacudido por las trágicas experiencias bajo Weimar y el ilegítimo régimen nacionalsocialista. Así empezó un movimiento de reconstrucción política que se materializaría en la Carta de 1949, cuya misión estaba centrada en los pilares de la dignidad de la persona humana, la separación de poderes y la fuerza normativa de la Constitución. Gracias al papel impulsor del Tribunal Constitucional Alemán y, posteriormente, al

¹⁷² *idem*

¹⁷³ *idem*

¹⁷⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, "Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria", *DOXA filosofía del derecho* (Derechos sociales), edición digital Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005 (edición original: edición digital a partir de *Discusiones: Derechos Sociales*, núm. 4, año 2004), Pág. 121

italiano. La *fuerza normativa de la Constitución* se ha convertido en un fenómeno que habría de contagiar positivamente a diversos países y provocar una franca expansión de la justicia constitucional en muchas constituciones alcanzando, incluso, a algunos antiguos países socialistas¹⁷⁵.

Así encontramos que, la Constitución al erigirse en fuente primigenia y en verdadero Derecho originario exige el mismo trato que otras disposiciones y añade, al respecto, un *prius* consistente en el establecimiento de una multiplicidad de intérpretes que, efectivamente, son llamados a realizar labores interpretativas de diversa índole. La causa eficiente de esta pluralidad, no es otra que el superior rango jerárquico del que la Carta Magna disfruta, es decir una “superley”. Todos estamos sometidos a ella y, en especial, todos los poderes públicos están obligados a aplicarla, a través de sus específicas actividades.¹⁷⁶

No hay que olvidar —como señala FERRAJOLI—, que una de las tareas fundamentales de la teoría jurídica dentro de un Estado constitucional es el de denunciar la ausencia de las normas que vienen exigidas por la Constitución;¹⁷⁷ sin embargo, dicha denuncia, si se

¹⁷⁵ Véase que dicha expansión es considerada la segunda “ola” que afectó a Austria en 1945 (reimplantando la Jurisdicción constitucional), Italia en 1948, Alemania en 1949, Turquía en 1961, Yugoslavia en 1963, y, en cierto modo Francia en 1959; la tercera “ola” se produjo en los años setenta y principios de los ochenta del siglo XX con la creación de los tribunales constitucionales portugués en 1976, español en 1978 y Belga en 1983, y, en cierto sentido, el Tribunal Especial Superior griego, en 1975. Una cuarta “ola” sería representada por la instauración de la justicia constitucional en los países de Europa Central y Oriental que habían pertenecido al bloque del Este, iniciada por Polonia en 1985 y seguiría tras la caída del Muro de Berlín en 1989 hasta la mitad de los años noventa. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2ª. edición, Tecnos, Madrid, 2007, Pág. 30

¹⁷⁶ CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y formula política*, CEC, Madrid, 1988, Pág. 24

¹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, Págs. 50 y 51; las ideas de Ferrajoli se encuentran más ampliamente expuestas en Ferrajoli, Luigi *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edic. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001., Pág. 287-381

quiere que sea algo más que simple palabrería, debe encontrar cauces institucionales que la hagan efectiva: la inconstitucionalidad por omisión es uno de ellos.

Es decir, el órgano promovente de la acción no necesariamente debe tener una afectación en su ámbito de facultades, sino sólo busca que la Constitución adquiriera fuerza normativa a través de una norma de desarrollo, esto es, que el tribunal constitucional, una vez declarada la inconstitucionalidad de la omisión, invite al legislador a realizar su encargo¹⁷⁸.

La fuerza normativa de la Constitución es un principio que, desde la perspectiva de la interpretación constitucional, debe orientarse a respetar la naturaleza de la Carta Magna como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta conexión alcanza a todo poder público —incluyendo, desde luego, al Tribunal Constitucional— y a la sociedad en su conjunto¹⁷⁹.

Podemos decir que el principio que analizamos se proyecta en dos planos que se reclaman recíprocamente: vincula tanto a los órganos estatales como a los ciudadanos. La fuerza vinculante bilateral de las normas constitucionales que obligan tanto a los detentadores como a los destinatarios del poder, se apoya en el principio de legalidad democrática que excluye el despotismo arbitrario sea de un hombre, de un partido o de un órgano estatal¹⁸⁰.

El mecanismo que nos ocupa, no debemos interpretarlo desde una visión reduccionista, contra la que es preciso ponerse en guardia,

¹⁷⁸ AMEZCUA ALCALA, Luis Edgardo, *Problemas constitucionales ... Cit. nota número 40*, Pág. 107

¹⁷⁹ “Los métodos interpretativos ... *Cit. nota número 133*, Pág. 62

¹⁸⁰ GOMES CANOTILHO, José J. *Direito ... Cit. nota numero 46*, Pág. 179

pues limitaría al máximo la fuerza normativa de la Constitución,¹⁸¹ sino que es mejor verlo con una perspectiva amplia e integradora de los derechos en general, y como la piedra angular el principio que describimos.

Las omisiones se justifican al conservar la Constitución, implicando primordialmente desarrollar la fuerza normativa de todos y cada uno de los contenidos incluidos en ella, sin que pueda reducirse al ostracismo alguno de los preceptos fundamentales, lo cual quebraría irremediabilmente la operatividad del principio de conservación del Derecho, el cual ha sido asimilado en derecho constitucional y revalorizado, en tanto pasa a ser catalogado de conservación de la Constitución¹⁸².

Según el razonamiento del Tribunal español, la anulación es el resultado de una contradicción con la Constitución, y esta contradicción es una premisa de la anulación. En consecuencia, puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad. Así, lo que prepondera es la inconstitucionalidad sobre la nulidad, protegiendo mejor la fuerza normativa de la Constitución¹⁸³.

4.4. Mandatos al legislador

No pasamos por alto destacar que, uno de los primeros autores españoles en utilizar el concepto de este epígrafe es RUBIO LLORENTE, quién habla de “mandatos al legislador” al identificarlos como

¹⁸¹ CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional ... Cit.* nota número 176, Pág. 24 y 25 porque dicha carga de expansión normativa sólo se actuaría a *posteriori* mediante el control de legitimidad correspondiente a los órganos de justicia constitucional.

¹⁸² LUCAS VERDÚ, Pablo, *El sentimiento Constitucional*, Reus, Madrid, 1985, Pág. 119

¹⁸³ GARCÍA MARTÍNEZ, Ma. Asunción, *El recurso de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, 1992, Pág. 234 a la 238

“preceptos que prevén la emanación de normas indispensables para completar la estructura prevista en la Constitución”¹⁸⁴.

Así, en primer término, desde una perspectiva teórica general, es preciso recordar que el legislador es el llamado a innovar el ordenamiento, a la genuina creación del Derecho, y en esa potestad constitucional se considera comprendida la posibilidad de no actuar. A mayor abundamiento, y desde una perspectiva más concreta, es preciso advertir que los mandatos al legislador toman la forma técnica de «reservas de ley», lo que parece hacer aún más difícil técnicamente la posibilidad de intervenir por parte del Tribunal Constitucional, al tratarse de un tema constitucionalmente encomendado al Legislador¹⁸⁵.

A razón de este concepto, FERNÁNDEZ SEGADO argumenta que las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del incumplimiento de mandatos constitucionales al legislador, esto es, de *mandatos constitucionales concretos* que vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción constitucional. Estas han de separarse de aquellas otras omisiones de mandatos constitucionales *abstractos*, o lo que es igual, de mandatos que contienen deberes de legislación abstractos, por ejemplo, algunas de las normas de asignación de fines al Estado, también conocidas como normas programáticas¹⁸⁶.

¹⁸⁴ RUBIO LLORENTE, Francisco, “La Constitución como fuente de derecho”, en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Vol. I, Madrid, 1979, Pág. 70. También véase a AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función ... *Cit.* nota número 47, Pág. 27, esta figura del “mandato al legislador” es utilizada por primera vez en relación a la Constitución Española de 1978, por RUBIO LLORENTE.

¹⁸⁵ AGUIAR DE LUQUE, Luis, *Op. Cit.*, Pág. 26

¹⁸⁶ Ejemplos validos, de mandatos constitucionales concretos, mencionados por el autor, atendiendo al ordenamiento constitucional Español, serian, entre muchos otros: la *obligación que el artículo 41* establece para los poderes públicos de *mantener un régimen publico de seguridad social para todos los ciudadanos*, acorde con las determinaciones del propio precepto; la obligación que igualmente incumbe a los poderes públicos de tutelar la salud pública, estableciendo la ley de los derechos y deberes de todos al respecto (*artículo 43-2*); la necesidad de que esos mismos poderes garanticen, mediante pensiones adecuadas, la

Como ejemplo de los mandatos al legislador, BIDART CAMPOS expone que el artículo 14 bis de la Constitución de Argentina consignaba que las leyes aseguran al trabajador la participación en la ganancias de las empresas. El congreso no había dictado aún ley alguna —a más de veinte años de vigencia del artículo 14 bis— en el sentido indicado. Tomando como precedente algún fallo análogo de mora¹⁸⁷ es más que suficiente para reputar la inercia legislativa como inconstitucional. Este mismo autor se pregunta, ¿qué ocurriría si un trabajador demandara un pago adicional por participación en el beneficio de la empresa donde trabaja?. Véase que este caso es otro ejemplo que radica en las cláusulas programáticas que deparan claramente un derecho subjetivo¹⁸⁸.

Continuando con el Derecho comparado, podemos mencionar que existen Tribunales constitucionales que imponen auténticos mandatos al legislador, ejemplo de ello tenemos a España, **en la STC 53/1985, de 11 de abril**, que resuelve el recurso previo planteado contra la Ley Orgánica de reforma del Código Penal sobre despenalización del aborto, en la que el Tribunal Constitucional Español estableció: “como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es, indicar las modificaciones que a su juicio (y sin excluir otras posibles) permitieran la prosecución de la tramitación

suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad (*artículo 50*) y, bien que sin ánimo exhaustivo, la obligación que el artículo 51 les impone a los poderes público de garantizar la defensa de consumidores y usuarios, protegiendo su salud y sus intereses. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en BAZÁN, Víctor, *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Temis, 1997, Pág.14

¹⁸⁷ Dilación o tardanza en cumplir.

¹⁸⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., “La justicia constitucional y ... *Cit.* nota número 10, Pág. 11 y 12

del proyecto por el órgano competente”¹⁸⁹.

Observamos que el Tribunal Constitucional en algunas ocasiones se extralimita, yendo más allá de su función interpretativa, con la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, para erigirse en legislador positivo¹⁹⁰ o como intérprete supremo de la Constitución.

También todo mandato constitucional es, en principio, residenciable ante el Tribunal Constitucional, siempre que existan cauces procesales para ello y sin que en ningún caso pueda el órgano de justicia constitucional sustituir a la Ley en su papel de norma primaria universal, tal como en más de una ocasión ha declarado el Tribunal Constitucional Español¹⁹¹.

En cuanto a México, la SCJN en la **Controversia Constitucional 80/2004** ha argumentado que se cuenta con una Constitución escrita y rígida, y que el legislador ordinario ha recibido del Órgano Reformador de la Constitución *determinados mandatos*, contenidos en la norma

¹⁸⁹ PIBERNAT DOMENECH, Xavier. “La sentencia constitucional como fuente del derecho”, *Revista de Derecho Político*, número 24, 1987, Madrid, Págs. 82 y 83. Véase también la nota al pie de página. Ésta afirmación suscita el rechazo de la mitad de los Magistrados, quienes se manifiestan en los votos particulares que acompañan a la sentencia en el siguiente sentido: la sentencia «ha concluido (...) con un pronunciamiento que traspasa los límites jurídico funcionales de la potestad jurisdiccional que incumbe al Tribunal Constitucional» (voto particular de Arozamena Sierra); «Tampoco creo que sea función del Tribunal colaborar en la función legislativa, orientarla o perfeccionarla» (v. p. Díez-Picazo); «La jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidas. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadirse a las Leyes para que sean constitucionales. Si se actúa así, y así ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en un legislador positivo» (v. p. Tomás y Valiente); «Tal función excede de las ya muy amplias competencias que no sólo la Constitución, sino también la LOTC, asignan a este Tribunal Constitucional, cuya actuación no puede aproximarse a la de una tercera Cámara sin provocar un peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico-político, invadiendo facultades que corresponden al poder legislativo» (v. p. Latorre Segura y Díez de Velasco Vallejo); y, finalmente, «el Tribunal impone a las Cortes sus propias preferencias de política legislativa, y esta imposición, que no encuentra naturalmente, base alguna en la Constitución o en la Ley, es arbitrarla» (v. p. Rubio Llorente).

¹⁹⁰ *Ídem*

¹⁹¹ AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función ... *Cit.* nota número 47, Pág. 28

constitucional, por lo que no sólo cuenta con la facultad o autorización, sino que está obligado a crear las leyes necesarias para darle plena eficacia a las disposiciones constitucionales. Ante su inactividad, debe estimarse que se transgrede la supremacía constitucional y, aún más, cuando con ese *silencio* se llega a originar una situación jurídica contraria a la Constitución —con motivo de las consecuencias que de esa inactividad se deriven—¹⁹².

La Corte de México continua razonando sobre el mismo tenor que, por lo tanto, debe señalarse que en algunos casos si dentro de un "*plazo razonable*" existe la inactividad o silencio del legislador, se está ante una violación a la Constitución, ya que, aun cuando para ello se requiere de la labor e interpretación del juzgador constitucional para establecer en cada caso cuál es ese tiempo razonable, no depende del legislador el elegir en forma discrecional el momento en que se ha de desarrollar una norma constitucional¹⁹³.

Para robustecer estos razonamientos, entonces puede decirse que el legislador no cumple —GOMES CANOTILHO denomina las *ordenes de legislar*— aquellos mandatos al legislador que se traducen en una exigencia de legislar única, concreta, no permanente, mediante los cuales, por lo general, se ordena normativamente a una institución¹⁹⁴.

Quizá está fuera de duda que, frente a normas cuyos contenidos no se pueden extraer directa e inmediatamente del texto de la Constitución, el legislador ordinario tiene un margen de actuación

¹⁹² Véase el considerando séptimo de la Sentencia de la Controversia Constitucional 80/2004 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, de fecha catorce de julio de dos mil cinco, localizable con el número de registro: 19305, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Enero de 2006, Página: 2067, **"Servicios públicos municipales. Omisión legislativa del Congreso del Estado de Chihuahua"**.

¹⁹³ *Ídem*

¹⁹⁴ Tal sería el caso de la ley que se refiere el artículo 131-2 *in fine* de la Constitución española (Ley del Consejo Económico y Social). FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de ... *Cit.* nota número 186, Pág.17

político propio. Pero la Constitución, siendo el marco dentro del cual debe mantenerse la legislación, puede ella misma limitar, dirigir e iniciar dicha actuación por medio de mandatos constitucionales al legislador, con señalamiento de plazo o sin él. Estos términos pueden describir el ámbito de regulación del legislador de manera más restricta, más amplia, o no describirlo en absoluto; mediante directrices constitucionales, en las que no se prevé expresamente un mandato para la emisión de una ley, no se impone tampoco la iniciativa legislativa, pero se dirige el programa legislativo¹⁹⁵.

En los tiempos que corren, los presupuestos de los que partía tal concepción han cambiado radicalmente, siendo la intervención del legislador cuantitativa y cualitativamente distinta, puesto que hoy se le exige al Estado no sólo la promulgación de grandes regulaciones que permitan a la sociedad funcionar y desarrollarse —recuérdese el diferente esquema de relaciones Estado/Sociedad del que se partía en el momento en que se concibió este requisito de la generalidad como sustancial a la Ley—, sino una diversidad de intervenciones puntuales, particulares y coyunturales, que en muchas ocasiones, por el requisito técnico de la reserva de ley, requieren y precisa inexcusablemente la intervención del legislador¹⁹⁶.

En España, al intentar abstraer una doctrina general, parece que podría concluirse por una cierta capacidad del Tribunal Constitucional para suplir al legislador en aquellos supuestos de inconstitucionalidad por omisión —relativa o absoluta—, siempre que el mandato al legislador se conjugue con un derecho fundamental. Sería esto una innovación jurídica que cabría considerar como derecho transitorio,

¹⁹⁵ STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, CEC, Madrid, 1987, Págs. 224-225. Este autor los identifica como mandatos para la mejora *a posteriori* y la corrección de leyes en los supuestos de prognosis errónea o de modificación de las circunstancias determinantes.

¹⁹⁶ COBREROS MENDAZONA, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre, 2007, Pág. 103

esto es, una normación provisional que comprende las medidas estrictamente precisas, para evitar una total negación del Derecho fundamental en cuestión, en tanto se produce la intervención del legislador a quien genuinamente corresponde la potestad legislativa¹⁹⁷.

Finalmente es allí donde, rescatando el principio de la supremacía constitucional y relacionándolo con los mandatos al legislador, entendemos que el órgano de la justicia constitucional está llamado a hacer funcionar la norma programática, deparándole la operatividad que no pudo alcanzar por la reglamentación omitida¹⁹⁸.

5. Recapitulación

Uno. La antigua Yugoslavia fue un país “innovador” al constitucionalizar o crear el control abstracto de las omisiones legislativas. El modelo diseñado en Yugoslavia circuló a Portugal, para posteriormente incorporarse en la Constitución de Brasil. Es así como Brasil se convirtió en el primer país de América Latina en desarrollar esta técnica en su Constitución.

Dos. No hay exceso cuando están en juego la fuerza normativa, la supremacía de la Constitución, la función transformadora del derecho social, así como los mandatos al legislador, puesto que ningún órgano de poder —tampoco los judiciales— tiene facultad de debilitar o dejar inoperantes a estos principios. Por tanto, es preciso desplazar la mirada hacia el Derecho Comparado, para encontrar ejemplos de sentencias que, haciéndose cargo del control constitucional, llegan a señalar cómo debe ser o debe modificarse una ley, para resultar compatible con la

¹⁹⁷ AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función ... *Cit.* nota número 47, Pág. 30

¹⁹⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., “La justicia constitucional y ... *Cit.* nota número 10, Pág. 13

Constitución, o cómo debe completarse una ley cuando sus normas han incurrido en exclusiones inconstitucionales.¹⁹⁹

Tres. Podría decirse que en Portugal la inconstitucionalidad por omisión, en una acepción amplísima del término, se reconduce a una inconstitucionalidad por acción, por insistir en la persistencia de reglas legislativas y de comportamientos en contradicción con el sentido objetivo de la norma constitucional o de la Constitución²⁰⁰.

Cuatro. En cuanto a la supremacía constitucional, como ha señalado el profesor DE VEGA, resulta evidente que la misión del Tribunal Constitucional, a la postre, “no es otra que la de impedir que ningún poder constituido pueda ir en contra de la voluntad soberana del pueblo, actuada y expresada, como poder constituyente, en la propia Constitución”.²⁰¹ Muestra de esto, por ejemplo, existen algunas decisiones de la Corte Constitucional colombiana, a través de las cuales, “con el fin de guardar la integridad y supremacía de la Constitución”, se exhorta al legislador para que en un plazo razonable expida la regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales acorde con la Constitución²⁰².

Cinco. De lo descrito en este capítulo nos lleva a entender que la propia lógica del Estado constitucional parece exigir la admisión de la figura que nos ocupa. Esa exigencia se presenta todavía de forma más

¹⁹⁹ BIDART CAMPOS, Germán J. “Algunas reflexiones sobre ... *Cit.* nota número 90, Pág. 4

²⁰⁰ MIRANDA, Jorge, “La justicia constitucional en ... *Cit.* nota número 111, Pág. 346

²⁰¹ VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y ... Cit.* nota número 147, Pág. 53

²⁰² Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 1994. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Se trata de la primera decisión en este sentido. La sistematización y presentación del tema de las omisiones legislativas inconstitucionales, solo se hará por la Corte a través de la Sentencia C-543 de 1996. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Véase también MORALES VELÁSQUEZ, Andrés Alonso, *Derechos sociales fundamentales en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli, omisiones legislativas inconstitucionales y posiciones jurídicas sociales fundamentales*, Tesis de Magister en Derecho, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2010, Pág. 49

clara, si nos atenemos a los perfiles propios del constitucionalismo social²⁰³.

Seis. Una de las críticas mas interesantes sobre sentencias que declaran procedente a las omisiones tratándose de *derechos sociales*, es en el sentido que, una complicación seria surge en los casos en que esta no se reduce a la ausencia de normas legales que presten desarrollo a cláusulas constitucionales, sino que añada otra, creando, organizando y poniendo en funcionamiento una infraestructura material y humana de recursos para atender a determinadas prestaciones.

Pensemos en la hipótesis de inexistencia de organismos que den cobertura a la seguridad social, o a la atención de la salud, o a la educación —así ejemplifica BIDART CAMPOS—. “Haya leyes o no que prevean tales prestaciones para cumplir con la Constitución, si el Estado no ha establecido los organismos y las dependencias necesarias, ni el modo de lograr el financiamiento de los beneficios, ni los servicios hospitalarios y sanitarios, ni los locales educacionales, más el personal idóneo que debe desempeñarse en cada área, los jueces carecen de toda posibilidad para remediar tales vacíos, por lo que poco o nada se conseguiría con que en una sentencia declare que una o más personas tienen derecho a una prestación”²⁰⁴. Finalmente vemos como aún cuando el sistema público de seguridad social cobra especial protección en el contexto de un Estado social —como ocurre en Europa y especialmente en España—, en que también es un *mandato al legislador* de regular y mantener un servicio público con distintos niveles y prestaciones²⁰⁵, nuevamente se percibe cómo la inconstitucionalidad por omisión legislativa es importante para este tema.

²⁰³ TAJADURA TEJADA, Javier, “Reflexiones en torno a ... *Cit.* nota número 132, Pág. 824

²⁰⁴ BIDART CAMPOS, Germán J. “Algunas reflexiones sobre ... *Cit.* nota número 90, Pág. 4

²⁰⁵ GARCÍA ROCA, Javier “Constitutional principles regarding the spanish social security system: a citizen's right”, *Revista de Derecho Político*, UNED, N.º 89, enero-abril 2014, Madrid, Págs. 65-90

CAPÍTULO III ESBOZO DE UNA TEORÍA A TRAVÉS DEL DERECHO COMPARADO

Introducción

En el derecho comparado esta técnica parece comprenderse tanto como un control abstracto, como concreto de la constitucionalidad; en el primer supuesto, no se atiende a cuestiones particulares y por lo tanto no hay que demostrar un agravio; en el segundo, en general, y por el contrario, deber existir un interés específico, y un sujeto afectado directamente²⁰⁶.

Entre los países que establecen a esta técnica como control abstracto, encontramos a la antigua Yugoslavia, Portugal, Brasil, Venezuela, Ecuador, Argentina —Rio Negro—, también algunos Estados de México como son Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Coahuila, Nayarit, Querétaro y Yucatán²⁰⁷.

Como ejemplo de defensa de control concreto de las omisiones, y por ser de interés para este trabajo, tenemos a España²⁰⁸ y México²⁰⁹.

²⁰⁶ En cierta medida también podríamos destacar que ambos sistemas se encuentran positivados o incorporados a la Constitución.

²⁰⁷ Esta lista es ejemplificativa no limitativa.

²⁰⁸ Véase los artículos 41.2, y 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Tenemos que resaltar que en España para la interposición del *recurso de amparo* —cuyo objeto, según se ha dicho, son las lesiones de derechos fundamentales causadas por disposiciones, actos u omisiones de los poderes ejecutivo y judicial, o, si no revisten rango o valor de ley, también del poder legislativo— están legitimadas las personas directamente afectadas, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal (art. 46 LOTC). Entre las primeras se incluyen tanto las personas físicas como las jurídicas, los nacionales y los extranjeros, así como *las personas públicas* y las privadas, siempre en función, como es natural, del derecho o libertad invocados. CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Los Problemas de la omisión legislativa en la Jurisprudencia Constitucional (ponencia del Tribunal Constitucional de España)”, *XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos*, Vilma, mayo, 2008, Págs. 21 y 22, www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/ES-Lituania%202008.doc (Consultado el 20/febrero/2010).

Una característica a destacar en los modelos concretos de control de la constitucionalidad, es que las omisiones generalmente se argumentan a través de casos en los que se lesiona un derecho fundamental, en particular, el principio de igualdad ante la ley²¹⁰ o no discriminación.

Otro modelo es el de las *sentencias interpretativas*. Consiste en que, al no existir una acción abstracta o concreta denominada “inconstitucionalidad por omisión legislativa”, los tribunales o cortes constitucionales, resuelven los diversos asuntos que se les plantean a través de las vías tradicionales, invocando en sus sentencias diversos vicios de inconstitucionalidad²¹¹.

De este modo, los países que han utilizado a las *sentencias interpretativas*, principalmente sobresalen, Alemania, Italia, España, incluso Portugal, Austria, Sudáfrica, Argentina, Bolivia y Colombia. En México al no tener un modelo o mecanismo específico para estudiar a las omisiones se utilizan —en el sistema federal— las *sentencias interpretativas*²¹².

No solo es cierto, sino claro, que de manera habitual los países europeos son los que más han abordado a las omisiones legislativas por conducto de estas sentencias, y no han necesitado crear un control

²⁰⁹ Desde nuestra perspectiva véase el artículo 103 y 107 de la Constitución Federal, así como diversas disposiciones de la Ley de Amparo, las que más adelante se describirán en este capítulo IV —procedencia de las omisiones a través del amparo según las reformas de junio de 2011—.

²¹⁰ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría ... Cit.* nota numero 14, Pág. 117; CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Los Problemas de la omisión legislativa ... *Cit.* nota número 208, Pág. 20. En este trabajo véase el punto 6 referente a los derechos fundamentales y/o el principio de igualdad.

²¹¹ Véase más adelante el epígrafe referente a las *sentencias interpretativas*, en este capítulo.

²¹² Esto ha sido posible a través de controles de la constitucionalidad como son las acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales, y algunos amparos, como se verá más adelante en el Capítulo IV, referente al caso federal de México.

abstracto o concreto de constitucionalidad denominado *inconstitucionalidad por omisión legislativa*.

Así, este capítulo se divide en dos apartados. El primero corresponde a los modelos en que la omisión se encuentra *incorporada* a la Constitución, y el segundo arquetipo de las *sentencias interpretativas* —en el que incluyen las Cortes de Derechos Humanos—.

1. Configuración procesal en el derecho comparado

Acto seguido intentaremos describir de manera general la configuración procesal de esta técnica en el Derecho Comparado, en los que se encuentra incorporada a las constituciones. No pasamos por alto comentar que existen peculiares en las diversas fórmulas que han utilizado los constituyentes al diseñar este instituto procesal en cuestión. Circunstancias que no dejan de suscitar debates doctrinales, ya que en muchos casos poseen características exóticas o novedosas.

Traemos a colación por ejemplo, en la doctrina brasileña, existe un debate intenso en el sentido de si la técnica que nos ocupa se sitúa ante una nueva figura procesal, esto es, ante un instituto constitucional autónomo, o si, por el contrario, este instrumento es reconducible a la acción directa de inconstitucionalidad, con lo que perdería su autonomía, convirtiéndose en una especie de apéndice de aquélla²¹³.

1.1. Legitimación activa o sujeto activo

Uno de los primeros elementos procesales que contiene la inconstitucionalidad por omisión legislativa es la legitimación.

²¹³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El nuevo régimen jurídico de ... *Cit.* nota número 110, Pág. 129

En un concepto general, la legitimación debemos entenderla como la posibilidad de una persona para ser parte activa o pasiva en un proceso o procedimiento por su relación con el objeto litigioso.

De esta suerte la *legitimación activa o sujeto activo* como elemento procesal presenta distintas variantes entre las que destacan las siguientes:

a) Amplia: En este tipo de legitimación, por ejemplo podemos citar el caso de la Constitución de Venezuela, que no recoge expresamente los sujetos que pueden promover la acción. Ahora bien en palabras de BREWER-CARÍAS, se podría entender sin condicionamiento alguno que, la legitimación activa amplia es similar a la *acción popular* de inconstitucionalidad de las leyes, en el sentido que para requerir el ejercicio del control basta el simple interés del recurrente en la constitucionalidad ²¹⁴. Aún cuando la Ley Orgánica no reguló procedimiento alguno en este caso, la naturaleza popular de la acción conduce al desarrollo de un proceso constitucional contradictorio. La Sala debe citar al titular del órgano omiso y, además, mediante cartel, emplazar a todas las personas interesadas a los efectos de que puedan hacerse parte en el proceso, aplicando analógicamente el procedimiento para los casos de control de la constitucionalidad iniciados mediante la acción popular²¹⁵.

Otro ejemplo sugestivo es el caso de la Provincia de Río Negro, Argentina, la demanda puede ser ejercida —exenta de cargos fiscales—

²¹⁴ BREWER-CARÍAS, Allan R., “EL control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del legislador por el juez constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008, véase especialmente la Pág. 272

²¹⁵ *Ídem*. También véase a CASAL H., Jesús M., “La protección de la Constitución frente a las omisiones,” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional (Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación)*, 4ª. Ed., Tomo III, México, Porrúa, 2003, Pág. 2, 290, razona que “esto implica que la acción directa contra las omisiones legislativas posee carácter popular, al ser ésta la legitimación tradicionalmente admitida en nuestro país para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad”.

por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo²¹⁶. Aquí la legitimación activa es conferida al afectado en su derecho, individual o colectivo. La expresión “afectado” es más amplia que la de “titular” de un derecho, y el abanico de derechos en juego —individuales y colectivos— da entonces pie para admitir a una amplia gama de sujetos (con derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples), así como la tutela de intereses difusos²¹⁷. Como críticas a este modelo, BAZÁN destaca que “hasta el momento —2014— la figura de la acción de inconstitucionalidad por omisión no ha sido jurisprudencialmente empleada con demasiada frecuencia. Pareciera subsistir en los justiciables y operadores jurídicos alguna confusión entre tal acción y el *mandamus*, pese a que el STJ ha realizado esfuerzos para distinguir dogmáticamente ambas categorías de instrumentos procesales constitucionales. El Tribunal se muestra suficientemente conocedor de la acción de inconstitucionalidad por omisión, tanto desde el punto de vista teórico, como desde los planos doctrinario y de jurisprudencia comparada al respecto²¹⁸. Además el Tribunal maneja y aplica la clásica distinción *wesseliana* entre omisiones absolutas y relativas”²¹⁹.

En cuanto a México, en las constituciones estatales tenemos que, Tlaxcala establece que el ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes

²¹⁶ Véase el artículo 207, inciso d del apartado 2, de la Constitución de la Provincia de Río Negro, Argentina.

²¹⁷ SAGÜÉS, Néstor P. “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro,” en *Inconstitucionalidad por omisión*, Bazán, Víctor (Coord.), Colombia, Temis, 1997, Pág. 114 y 115. Ahora bien este autor aclara que “No obstante, la norma no autoriza el ejercicio, en este caso, de una “acción popular” abierta a cualquiera. Si el promotor no acredita algún tipo de perjuicio que le ocasione el acto lesivo, la acción será a la postre rechazada.”

²¹⁸ BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales...Cit.* en nota número 59, Pág. 661

²¹⁹ BAZÁN, Víctor, *Op. cit.* Pág. 662.

en el Estado²²⁰. Casi en el mismo sentido también se encuentra comprendida el Estado de Nayarit, allí establece que el ejercicio de esta acción corresponderá a cualquier autoridad o vecino del Estado²²¹. Lo que podría equivaler a *una acción popular* tanto para *Tlaxcala y Nayarit*²²².

La posición en Yucatán, es sumamente exótica —posee una legitimación amplia—, en la Constitución se establece que el ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, *así como a las personas residentes en el Estado*, conforme a lo que disponga la ley²²³. En ese mismo sentido la Ley de Justicia Constitucional lo reitera pero posteriormente amplía la legitimación a los titulares de los *organismos públicos autónomos*, el o los ayuntamientos o las *personas físicas o morales* residentes en el Estado²²⁴. Quizá podríamos decir que es una legitimación amplia con rasgos híbridos o mixtos, cuyo hibridismo da una tendencia a ser restringida.

También Ecuador contempla esta legitimación, y señala que para presentar la demanda de inconstitucionalidad puede ser propuesta por cualquier persona, individual o colectivamente²²⁵.

Así comprendemos que la legitimación activa podría ser equivalente a una cláusula abierta.

²²⁰ Véase el artículo 81, fracción VI, que regula las acciones contra la omisión legislativa de la Constitución de Tlaxcala.

²²¹ Véase la fracción III, del artículo 91, de la Constitución de Nayarit.

²²² RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa, Teoría ... Cit.* nota numero 14, Pág. 162

²²³ Segundo párrafo, de la fracción III, artículo 70, de la Constitución de Yucatán.

²²⁴ Fracción I, artículo 100 de la Ley de Justicia Constitucional para el Estado de Yucatán.

²²⁵ Artículo 77 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional de Ecuador (2009).

b) Semi-restringida o selectiva: En Brasil, se encuentran legitimados: a) el Presidente de la República; b) la Mesa del Senado Federal; c) la Mesa de la Cámara de los Diputados; d) la Mesa de una Asamblea Legislativa —órgano legislativo de cada Estado federado—; e) el Gobernador de un Estado; f) el Procurador General de la República; g) el Consejo Federal de la Orden de los Abogados del Brasil; h) todo partido político con representación en el Congreso Nacional, e i) cualquier confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional²²⁶. A todos ellos, el artículo 2 de la Ley no. 9,868 ha añadido la Mesa de la Cámara Legislativa del Distrito Federal y el Gobernador del Distrito Federal, lo que es la resultante de haberse dotado al Distrito Federal de una estructura orgánica semejante a la de los Estados²²⁷.

Sobresale en el caso de Brasil que si el sujeto pasivo de la acción es uno de los Poderes del Estado, el pedido es limitado a que le sea *dada ciencia* de la ocurrencia de la omisión inconstitucional para que adopte las providencias necesarias; pero, si la omisión es imputable al órgano administrativo, la decisión tendrá carácter de orden permitiéndole adoptar las providencias necesarias en el plazo de treinta días, so pena de responsabilidad²²⁸.

Aquí podríamos entender que el objetivo de la acción es implementar la norma faltante en el ordenamiento jurídico, traduciéndose como una *función de integración*. Contrariamente de lo que sucede en la acción directa de inconstitucionalidad, cuya finalidad

²²⁶ Artículo 103 de la Constitución de Brasil

²²⁷ ... la Constitución tiene en cuenta a la persona o el órgano competente para emitir el acto exigido; eligiendo la Constitución el criterio de la necesidad de la “medida” para hacer efectiva la norma constitucional, la acción se dirige tanto a omisiones del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo y del Poder Judicial, no excluyendo, por tanto, medidas *infra* legales. Por ello, en principio, cualquier órgano público que deba adoptar una medida exigida por la Constitución podrá figurar en el polo pasivo de la acción. VIVEIROS, Mauro, *El Control de Constitucionalidad: el sistema Brasileño como un modelo híbrido o dual*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2011, Pág. 343. También véase a FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El nuevo régimen jurídico de ... *Cit.* nota número 110, Pág. 136.

²²⁸ De acuerdo con el párrafo 2º, artículo 103, de la Constitución brasileña.

es la expulsión de la norma impugnada del ordenamiento²²⁹.

Encontramos que en Chiapas²³⁰ los entes legitimados para incoar esta acción son, I) el Gobernador del Estado, II) cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso, III) cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos, y IV) el cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.

Totalmente avanzada es Coahuila, en el sentido que establece, las omisiones se resuelven bajo un *control concentrado* —pleno del Tribunal Superior de Justicia— y *control difuso de constitucionalidad*²³¹ —cualquier juez tiene facultad para desaplicar normas contrarias a la Constitución²³²—, así la legitimación la poseen: I. El Ejecutivo del Estado por sí o por conducto de quien le represente legalmente. II. El equivalente al diez por ciento de los integrantes del Poder Legislativo. III. El equivalente al diez por ciento de los integrantes de los Ayuntamientos o Concejos Municipales. IV. El organismo público autónomo, por conducto de quien le represente legalmente, con relación a la materia de su competencia. V. Cualquier persona cuando se trate de la protección de sus *derechos fundamentales*. VI. Los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado ante la autoridad electoral que corresponda²³³.

Como crítica a esta legitimación semi-restringida, la mejor opción sería la legitimación restringida en virtud que, la lógica para que

²²⁹ BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2006, Pág. 229.

²³⁰ Artículo 64, fracción III, de la Constitución de Chiapas denominada del Siglo XXI. Así también el capítulo V de este trabajo.

²³¹ Véase que la Constitución Federal de México no contempla al Control difuso de constitucionalidad, con ello evidenciamos que las Entidades Federativas han sido más innovadoras respecto a la Federación.

²³² Artículo 65 de la Ley de Justicia Local de Coahuila.

²³³ Artículo 73 de la misma ley.

procedan las omisiones deber ser excepcional, por ello no debe dárseles a un sector amplio; pues varios de los sujetos legitimados para promoverla poseen otras facultades, por ejemplo la facultad para proponer iniciativas de leyes —véase el caso de los gobernadores—. Quizá convendría que esta legitimación debería restringirse a entes muy concretos.

c) Restringida: La legitimación restringida es valorada por VAGLI, como el reflejo de la intención del legislador constitucional, constituyente y de reforma, de dar al instituto una fisonomía que limitará su alcance²³⁴.

En Portugal, la legitimación para incoar el proceso, seguramente por la complejidad de la misma institución y su trascendencia, queda reducida *al Presidente de la República*, que nunca la ha ejercido, al *Provedor de Justicia* —el Ombudsman portugués—, y cuando estén afectados derechos de una región autónoma, al *Presidente* de la correspondiente *asamblea legislativa regional*²³⁵.

La fórmula de la Constitución portuguesa, parece llamativo a FERNÁNDEZ SEGADO, en sentido que el actual texto de la Constitución lusa contempla en dos preceptos diferentes la fiscalización abstracta de la constitucionalidad (art. 281) y la inconstitucionalidad por omisión (art. 283), lo que se traduce asimismo en una dispar legitimación. Así, la harto restrictiva legitimación que respecto del último instituto contempla la Carta

²³⁴ VAGLI, Giovanni, “Prime riflessioni sul controllo di ... *Cít.* nota número 109, véase la Pág. 588

²³⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La figura de la inconstitucionalidad por omisión portuguesa ante el siglo XXI”, en TAJADURA TEJADA, Javier (Coord.), *La Constitución portuguesa de 1976, un estudio académico treinta años después*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, Pág. 244

lusa es, a su entender, una de las razones del fracaso del instituto en Portugal²³⁶.

Igualmente en Querétaro la acción puede ser ejercida por: I) el Gobernador del Estado; II) los ayuntamientos o consejos municipales; III) los organismos autónomos, por conducto de quien los represente legalmente; y IV) los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado²³⁷.

La entidad federativa de Quintana Roo, describe que tienen capacidad para invocarla el Gobernador del Estado o un Ayuntamiento del Estado²³⁸. Y por lo que respecta a Veracruz se confiere legitimación para promoverla al Gobernador del Estado y a cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos²³⁹.

1.2. Sujeto pasivo

Acerca de este elemento encontramos dos posibilidades. La primera es *restringida*, cuando esta técnica solo opera con relación al *poder legislativo*. La segunda es *amplia*, y abarca al *poder ejecutivo* en cuanto a la inactividad respecto a su facultad reglamentaria, o incluso a *otras autoridades*.

a) En sentido restringido: tenemos como ejemplos la Constitución de Portugal. En México, los Estados de Veracruz, Chiapas, Quintana Roo y Querétaro. Un caso llamativo es Venezuela donde procede en cuanto al legislador municipal, estatal y nacional.

²³⁶ Véase a FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El nuevo régimen jurídico de ... *Cit.* nota número 110, Pág. 137

²³⁷ Artículo 86 de la Ley de Justicia Constitucional del Estado de Querétaro.

²³⁸ Artículo 105, fracción III, de la Constitución de Quintana Roo.

²³⁹ Artículo 65, fracción III, de la Constitución Veracruz.

Aquí es donde quizá cobra mayor sentido el concepto omisión legislativa. Puesto que el poder legislativo no ha realizado algo que positivamente le es impuesto por la Constitución —recordemos la definición de GOMES CANOTILHO—, o por un mandato constitucional.

b) En el sentido amplio: destaca Brasil y sus provincias de Sao Paulo, Rio de Janeiro, Santa Catarina²⁴⁰; así como en México, el Estado de Coahuila. La característica coincidente de estas constituciones consiste en que proceden tanto al poder legislativo como al ejecutivo.

Una variante cautivadora es Tlaxcala, que además del poder legislativo y ejecutivo, también se insta a favor de los ayuntamientos y concejos municipales. En cuanto a Nayarit procede en contra de cualquier autoridad ²⁴¹. Yucatán proclama que son imputables al Congreso, al Gobernador o a los Ayuntamientos²⁴².

En el sentido amplio, la inactividad del sujeto pasivo —cualquier poder publico— versa sobre las facultades materialmente legislativas que cada uno de ellos posee.

La provincia de Río Negro, Argentina, estipula que opera respecto al Estado Provincial —debiéndose entender que son los tres poderes— o a los municipios²⁴³. La legitimación pasiva ha sido conferida respecto de casos de normas que debe dictar la provincia o alguna municipalidad. El precepto es interesante, ya que puede referirse no solo al poder legislativo, sino también al ejecutivo (de no emitir decretos reglamentarios de leyes, *v. gr.*), y al judicial (por ejemplo, si no dicta el

²⁴⁰ La Constitución Federal de Brasil, así como las provincias descritas, tratan a esta característica en líneas generales de la siguiente forma: “será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

²⁴¹ Fracción III, artículo 91, de la Constitución del Estado Nayarit.

²⁴² Fracción III, artículo 70, de la Constitución de Yucatán.

²⁴³ Artículo 207, inciso D, apartado 2, de la Constitución de la Provincia de Río Negro, Argentina.

reglamento interno previsto por el artículo 206 inciso lo. de la Constitución), o a cualquier organismo provincial o municipal apto para generar normas y que incumpla al respecto alguna directriz constitucional²⁴⁴.

Por último, en el caso de Ecuador procede en contra de todas las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales²⁴⁵.

Un ejemplo resuelto en cuanto al sujeto pasivo restringido de esta técnica, hallamos en Portugal²⁴⁶ el caso **“omisión de datos personales en soportes informáticos”**²⁴⁷, —Acórdao 182/89 de 1 de febrero—²⁴⁸. La cuestión analizada es el derecho de los ciudadanos ante la utilización de la informática. El problema se encuentra en que tanto el párrafo segundo del artículo 35 de la Constitución, que es el analizado, como el párrafo cuarto prevén un desarrollo legislativo posterior. El primer supuesto consiste en establecer las excepciones a la prohibición general del acceso de terceros a ficheros con datos personales. El segundo, consiste en definir el concepto de datos personales a efectos de registro informático.

Respecto al primer supuesto de las excepciones a la susodicha prohibición general, el Tribunal Constitucional concluye que no existe

²⁴⁴ SAGÜÉS, Néstor P. “La acción de inconstitucionalidad por omisión ... *Cit.* en nota numero 217, Pág.115

²⁴⁵ Apartado 10, del artículo 436, de la Constitución de Ecuador (2008).

²⁴⁶ Véase detenidamente a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La inconstitucionalidad por omisión en Portugal”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, no. 101, julio-septiembre, Madrid, 1998, Págs. 356-358. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, “A Omissão Legislativa na Jurisprudência ... *Cit.* nota numero 113; TAJADURA TEJADA, Javier, (Coord.), *La Constitución portuguesa ... Cit.* nota número 113.

²⁴⁷ *Ídem*

²⁴⁸ *Diário da República*, Primera Serie, núm. 51, 2 de marzo de 1989, Págs. 922 y Ss.

inconstitucionalidad por omisión, en la que aduce no hay excepciones porque el legislador ordinario considera no es necesario establecerlas.

Por contrario, sí entiende que se produce vulneración de la Constitución por omisión en la falta de previsión legal que fije el concepto de datos personales, lo que hace necesario para dar exigibilidad a la garantía consistente en la prohibición de acceso de terceros a los datos personales contenidos en soportes informáticos.

En correspondencia al sentido amplio del sujeto pasivo de esta técnica. Como ejemplo encontramos el caso resuelto en Brasil, a través de la **Ação de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 889-7**, que se refería a la omisión de la ley prevista por el parágrafo único del artículo 23 del «*Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*» (ADCT). Este artículo 23 disponía que hasta que se dictara la reglamentación prevista por el artículo 21.XVI de la Constitución, los ocupantes del cargo de censor federal continuarían ejerciendo funciones compatibles con el mismo en el Departamento de Policía Federal, con observancia de las disposiciones constitucionales. En este caso, por acuerdo unánime, el Tribunal consideró procedente la acción, declarando la omisión del Poder ejecutivo en la presentación al Congreso del pertinente proyecto de ley, *comunicándolo al Presidente de la República* a fin de que fuesen adoptadas las medidas necesarias para superar la mora inconstitucional²⁴⁹.

1.3. Competencia

Los entes para conocer de esta herramienta son variados, así la competencia recae en general a *tribunales constitucionales, salas constitucionales o salas constitucionales-electorales, supremos tribunales*

²⁴⁹ *Diário da Justiça da União*, de 12-04-1994; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El nuevo régimen jurídico de ... *Cit.* en la nota 110, Pág. 180

de justicia, cortes constitucionales, entre otras. Quizá el propósito de confiar la decisión de un asunto tan delicado y de trascendencia jurídico—política como es atacar un caso de inconstitucionalidad por omisión, a la cúpula del poder judicial, supone un resguardo de calidad y madurez en el pronunciamiento del caso²⁵⁰. A continuación haremos una descripción exhaustiva de la denominación de cada autoridad que resuelven las omisiones.

Una situación idéntica la encontramos en Portugal y Chiapas, donde conocen de las omisiones el Tribunal Constitucional. Por lo que respecta a Venezuela, corresponde conocer de esa técnica a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia.

Hallamos en Brasil, que la acción se insta ante el Supremo Tribunal Federal. En Ecuador tiene conocimiento la Corte Constitucional. En la provincia de Río Negro, Argentina, compete conocer de ese mecanismo al Superior Tribunal de Justicia. En los estados de Tlaxcala, Yucatán y Coahuila le concierne al pleno del Tribunal Superior de Justicia.

Ahora bien, en Coahuila localizamos dos variantes, la primera le corresponde al pleno del Tribunal Superior de Justicia, en su carácter de Tribunal Constitucional Local, éste actúa como un control concentrado de la constitucionalidad, añadiendo que todos los jueces del Estado pueden ejercer el control difuso. Como segunda variante significa que, en el ejercicio de este control difuso, los jueces también podrán analizar la inconstitucionalidad por omisión cuando la falta de norma requiera ser colmada o resuelta para garantizar la tutela judicial efectiva.

En correspondencia a Quintana Roo, la Sala Constitucional y Administrativa del Tribunal Superior es quien sustancia el

²⁵⁰ SAGÜÉS, Néstor P. "La acción de inconstitucionalidad por omisión ... *Cit.* en nota numero 217, Pág.111

procedimiento pero el Pleno del Tribunal Superior de Justicia emite la resolución de control de la constitucionalidad. La competencia en Nayarit, corresponde a la Sala Constitucional-Electoral del Tribunal Superior de Justicia. Finalmente en Querétaro, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia y de las Salas, en los términos que señale su Ley²⁵¹.

El hecho que en la instauración de un supuesto de omisión sea resuelto como control concentrado de constitucionalidad, en su generalidad —y no difuso—, da certeza y tiende a evitar la existencia de pronunciamiento contradictorios a nivel de primera o segunda instancia. EL control difuso podría importar soluciones judiciales distintas sobre un mismo supuesto de inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales²⁵². Más adelante abordaremos el posible control difuso en México, en el capítulo IV de este trabajo.

1.4. Objeto de control o supuestos de procedencia

En la *omisión* predomina la idea de realizar, por medio de la Constitución, una verdadera lección de Estado de derecho —así resalta SAGÜES—. Si las autoridades [...] con facultades legislativas no cumplen con su cometido, la judicatura, por medio de su máxima autoridad, debe subsanar ese déficit normativo y asegurar al afectado una tutela procesal constitucional específica. Ello implica abandonar la tesis de la mora legislativa como cuestión política no justiciable, o reservada (precisamente) al autor de la mora²⁵³.

Así, en cuanto al objeto de control de la inconstitucionalidad,

²⁵¹ Fracción IV, del artículo 29 de la Constitución de Querétaro.

²⁵² SAGÜES, Néstor P. “La acción de inconstitucionalidad por omisión ... *Cit.* en nota numero 217, Pág.111

²⁵³ SAGÜES, Néstor P. *Op. Cit.* Pág.110

encontramos que de la diversidad de ordenamientos analizados, existen muchas variantes, e intentamos encuadrarlas en los siguientes supuestos:

a) Por falta de desarrollo o adecuación constitucional: En la antigua república de Yugoslavia, procedía por el *no dictado de normas de ejecución*, habiendo obligación de expedirlas. Respecto a Portugal, por el motivo que la Constitución fuese incumplida en las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales.

También Venezuela contempla que cuando se haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta. Ahora bien en Ecuador, cuando se haya dejado de inobservar, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, en las que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas.

Por lo que atañe a Brasil, procede por la omisión de una medida para tornar efectiva la norma constitucional. En la provincia de Río Negro, Argentina, por el incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto.

En Tlaxcala, se establece que por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las leyes.

En el Estado de Coahuila, se estipula que por la falta de regulación legislativa o reglamentaria. En tanto a Nayarit, cuando la Constitución o una ley ordena expedir una norma de carácter general y dicha omisión produce violaciones a esa Constitución.

La Constitución de Querétaro establece que, por la omisión en la expedición de leyes, cuando la misma afecte el funcionamiento o

aplicación de la Constitución. Por último Yucatán, determina que por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados por esa Constitución, así como de las leyes, siempre que la omisión afecte el debido cumplimiento o impida la eficacia de la misma.

b) Por falta de impulso al proceso legislativo: En Veracruz, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esa Constitución. La entidad federativa de Quintana Roo, señala que cuando se considere que la Legislatura del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna Ley o Decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esa Constitución. Casi en ese mismo sentido en el Estado de Chiapas determina, cuando se considere que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esa Constitución.

Vemos que en cuanto a esta clasificación por *falta de impulso al proceso legislativo*, podemos argumentar que el objetivo final de este control de la constitucionalidad —desde nuestra perspectiva y como crítica— está previsto para evitar la tardanza en la discusión y aprobación de las iniciativas que se presenten ante los Congresos de esos Estados. Incluso con toda la intención para que las iniciativas sean aprobadas —para ello remitimos al capítulo V, estudio referente al caso de Chiapas—. Además visualizamos que los modelos previstos en estos tres Estados descritos, coinciden en la redacción, por no decir que es similar.

Otra clasificación en cuanto al objeto de control —también abordada por RANGEL HERNÁNDEZ²⁵⁴— es:

I) Solamente la Constitución: Respecto a esta variante, podemos

²⁵⁴ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa, Teoría ... Cit.* nota numero 14, Págs. 169 y 170

localizar que en los textos constitucionales se contempla, cuando procede solo a la Constitución Federal. Los modelos que la prevén así son los modelos previstos en Portugal, Venezuela, Brasil, y Ecuador. En cuanto a las constituciones de provincias o Estados, tenemos el caso de la provincia de Río Negro, Argentina; y en México, los Estados de Veracruz, Quintana Roo, Coahuila y también Chiapas en cuanto a su Constitución estatal. Ahora bien en Chiapas a partir de la reforma de 2007 también procede respecto de la Constitución Federal.

II) Otros cuerpos normativos adicionales: Localizamos que en Tlaxcala, procede respecto a la Constitución federal, local y las leyes. Nayarit, y Querétaro contemplan que procede en cuanto a la Constitución o ley que ordena expedir una norma de carácter general.

Asimismo Yucatán estipula que el objeto son las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados por la Constitución, de las leyes, siempre que la omisión afecte el debido cumplimiento o impida la eficacia de la misma.

Podemos ver que la idea predominante como objeto de control en la mayoría de los casos es la falta de observación o el incumplimiento de la Constitución —ya sea federal o local—, o podríamos resumir que se pretende exigir la *plena eficacia de una norma constitucional*. Posteriormente se contemplarían las leyes generales, y en un tercer plano los reglamentos.

Parafraseando a FERNÁNDEZ SEGADO la conclusión que extraemos de todos los ejemplos es clara: la inconstitucionalidad de una omisión exige constatar que el legislador —aunque en el caso brasileño ello se amplía también a los órganos administrativos; en Coahuila, Tlaxcala, Nayarit y Yucatán es imputable al ejecutivo y ayuntamientos— ha incumplido la obligación que la Constitución le exige de dictar un texto legislativo. Verificando que no se ha dado adecuada respuesta a un mandato constitucional o no se ha

viabilidad la plena eficacia de un derecho o de cualquier otra previsión constitucional, incumplimiento que se ha prolongado en el tiempo más allá de un plazo razonable, pero también exhorta verificar que la ausencia de esa normación constitucionalmente exigida se ha traducido en una vulneración objetiva del ordenamiento constitucional, bien propiciando la aplicación de normas implícitas en contradicción con la Norma suprema, bien posibilitando la vigencia de normas preconstitucionales contrarias a los postulados constitucionales²⁵⁵.

1.5. Efectos y cumplimiento de las sentencias

El fin de la acción de inconstitucionalidad por omisión —señala BARROSO— es la obtención de una sentencia que contenga un mandato dirigido al poder u órgano competente para que actúe en obediencia a normas constitucionales en el intento de colmar la laguna jurídica²⁵⁶.

Podríamos destacar que en cuanto a los alcances y efectos de las sentencias es el momento procesal cúspide de cualquier control de regularidad constitucional, en él es donde se despliegan la totalidad de las consecuencias del propio control de la constitucionalidad. Sea cual sea el trámite, procedencia, legitimación o argumentación utilizadas para resolver un asunto, lo que finalmente termina considerándose primordial es el producto o afectación producida al sistema jurídico²⁵⁷. También podemos pensar que respecto a este control “la verdadera eficacia de la sentencia no se acaba jugando en el plano escuetamente jurídico de la determinación de sus efectos, sino en el mucho más

²⁵⁵ Véase a FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El nuevo régimen jurídico de ... *Cit. nota* número 110, Pág. 143

²⁵⁶ BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade ... Cit. nota número 229*, Pág. 229

²⁵⁷ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La controversia constitucional*, Porrúa, México, 2008, Pág. 588

político de su efectividad frente a los demás poderes, esto es (...) en el plano de su entidad como acto de poder”²⁵⁸.

En lo que interesa a los efectos, consiste en explicitar las consecuencias de la propia sentencia, y por alcance de la misma debe entenderse su contenido, es decir, hasta dónde llega la decisión²⁵⁹.

De los principales ordenamientos constitucionales analizados predominan las siguientes variantes:

a). Mandato a legislar con un plazo: En esta variante se conmina al legislador a emitir la norma, regularmente se establece un plazo para hacerlo. Así en Brasil, la nueva ley no. 12.063, de 27 de octubre de 2009, establece la posibilidad que el Tribunal amplíe el plazo de 30 días que la Constitución prevé para que el órgano administrativo moroso dicte el acto omiso. Aunque la Constitución no contempla ningún plazo para suplir la omisión cuando es el legislador quien ha incurrido en mora, el Supremo Tribunal Federal, apartándose de la *lex superior*, a través de una decisión de mayo de 2007, ha abandonado su jurisprudencia tradicional, fijando un plazo de 18 meses para que el legislador apruebe la ley cuya omisión fue declarada inconstitucional²⁶⁰.

²⁵⁸ GARRORENA MORALES, Ángel, “La sentencia Constitucional”, *Revista de derecho político*, num.11, UNED, Madrid, 1981, Pág. 22

²⁵⁹ NÚÑEZ VALADEZ, Miguel Antonio, *La omisión legislativa y control ... Cit.* nota número 41, Pág. 131

²⁶⁰ Véase que los términos literales del artículo 103, par. 2º de la Constitución Federal, “declarada la inconstitucionalidad por omisión de medida para tornar efectiva norma constitucional, será puesto en conocimiento del Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para hacerlo en treinta días”. Por ejemplo los efectos de la sentencia de estimación de la acción de inconstitucionalidad por omisión están íntimamente conectados con la naturaleza de la acción. Es decir, la propia definición de la acción por omisión inconstitucional como el mecanismo constitucional de fiscalización destinado a colmar la laguna en el ordenamiento jurídico, tendría que dictaminar, lógicamente, el alcance o extensión de los efectos de la sentencia que estime la acción. VIVEIROS, Mauro, *El Control de Constitucionalidad: el sistema Brasileño ... Cit.* nota número 227, Pág. 345

En Brasil, la sentencia que reconoce la inconstitucionalidad por omisión es declarativa —así considera AFONSO DA SILVA²⁶¹— en cuanto a ese reconocimiento, pero no es meramente declarativa, porque de ella dimana un efecto ulterior de naturaleza <<de mandatos>> en el sentido de exigir al poder competente la adopción de las providencias necesarias para suplir la omisión, acentuándose esa naturaleza de orden o mandato en relación a los órganos administrativos²⁶².

En relación a esto FERREIRA MENDES²⁶³, estima que la decisión dictada en la acción directa de inconstitucionalidad, da lugar a un típico proceso objetivo, destinado principalmente a la preservación de la Constitución, esta debería tener por su propia naturaleza, eficacia *erga omnes*. Así mismo comprende que debe excluirse de plano la idea de que la decisión dictada en el marco del control abstracto de la omisión debe tener eficacia vinculante *inter partes*, porque tales procesos de garantía de la Constitución, en cuantos procesos objetivos, no conocen partes.

En este mismo sentido MACEDO NERY FERRARI²⁶⁴ estima que las acciones de declaración de inconstitucionalidad por omisión tienen por objeto el restablecimiento de la armonía del sistema, que ha sido quebrada por la omisión violadora de la norma constitucional, y que tal

²⁶¹ AFONSO DA SILVA, José, “O controle de constitucionalidade das leis no Brasil”, en Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (Coordinadores), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson (y otras editoriales), Madrid, 1997, Págs. 387 y Ss.; en concreto, Pág. 404.

²⁶² Véase como Zeno Veloso hace suya la posición de Afonso da Silva. AFONSO DA SILVA, José, *Op. Cit.*, Págs. 254-255

²⁶³ FERREIRA MENDES, Gilmar, MÁRTIRES COELHO, Inocêncio, y GONET BRANCO, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2007, Pág. 1201.

²⁶⁴ As ações de declaração de inconstitucionalidade por omissão têm por objeto o restabelecimento da harmonia do sistema, quebrada pela omissão violadora da norma constitucional, e que tal declaração é feita em tese, sem necessidade de estar relacionada com um caso concreto e, portanto, seus efeitos são erga omnes, aproveitando a todos os que dela puderam fazer uso, revestindo-se, ainda, da autoridade de coisa julgada. MACEDO NERY FERRARI, Regina Maria, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, Pág. 373

declaración afecta a todos, sin necesidad de estar relacionada con el caso concreto y por tanto sus efectos son *erga omnes*. Aprovechándose de ella, todos los que pudieran hacer uso²⁶⁵.

Por tanto en Brasil, la Constitución ha dado distinta operatividad a la decisión según la fuente de dónde debe proceder la medida necesaria para el cumplimiento de la norma constitucional; si la providencia es de competencia de algún Poder, el Tribunal le dará conocimiento; si la medida es de cuño administrativo, el Tribunal pasara orden al órgano administrativo encargado para que lo haga. En el primer supuesto, no hay fijación de plazo, mientras en el segundo el plazo es de treinta días²⁶⁶.

Continuando con el análisis de estas variantes, en Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al declarar la omisión legislativa señala el plazo para garantizar el cumplimiento de la Constitución. UROSA MAGGI apunta que, ante la ausencia de ejecución voluntaria de las sentencias que exhortan a legislar, también es viable adoptar medidas coercitivas de cumplimiento indirecto que actúen sobre la voluntad del ejecutado para persuadirlo a realizar la prestación a la que está obligado, en ella fincan la responsabilidad patrimonial de los funcionarios del Poder Legislativo mediante “la imposición de multas o ‘astreintes’... coercitivas y reiteradas a las autoridades u órganos obligados, dirigidas a lograr la efectividad de lo mandado”.²⁶⁷

²⁶⁵ Finalmente como podemos constatar, en Brasil la posición mayoritaria de la doctrina reconoce efectos *erga omnes* a estas decisiones. Como otro ejemplo de ello tenemos a PIOVESAN, para quien, en cuanto estas decisiones se dictan en abstracto (*em tese*), sus efectos no pueden ser sino *erga omnes*, beneficiándose todos de esos efectos. PIOVESAN, Flávia C., *Proteção judicial contra omissões legislativas ... Cit.* nota número 122, Pág. 103

²⁶⁶ VIVEIROS, Mauro, *El Control de Constitucionalidad: el sistema Brasileño ... Cit.* nota número 227, Pág. 345 y 346

²⁶⁷ UROSA MAGGI, Daniela, “Control judicial de las omisiones legislativas a la luz de la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho Público*, no. 101, enero-marzo 2005, Venezuela, Ed. Jurídica Venezolana, Págs. 22 y 23

Según esta autora, en el derecho venezolano la imposición de este tipo de sanciones es parcialmente procedente, ya que de acuerdo al artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal puede sancionar con multa que oscila entre el equivalente de mil a tres mil unidades tributarias a los funcionarios del poder público que, estando obligado a hacerlo, no acaten sus órdenes²⁶⁸.

En la provincia de Río Negro, Argentina, el Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, *integra el orden normativo* resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite²⁶⁹. SAGÜES nos recuerda que, de todos modos, la fórmula utilizada, no obstante el coraje jurídico que evidencia, lo hace en términos de cautela y de respeto al principio de división de los poderes, aunque dando predominio, en definitiva, al principio de supremacía constitucional²⁷⁰.

El diseño constitucional para los efectos y cumplimientos de la sentencia es una “acción por incumplimiento”, y prevé dos etapas: a) La primera, una vez acreditada la norma *legisferante*, a través de una intimación, para que el órgano renuente dicte la norma faltante. Al respecto fija un plazo determinado para que ello ocurra. Se trata, pues, de un requerimiento mucho más preciso que el entonces existente en el Derecho Comparado (casos de Portugal y antigua Yugoslavia, por ejemplo), que culminaban con avisos o recomendaciones para el organismo moroso. Prudentemente, la Constitución deja en manos del Superior Tribunal de Justicia regular el plazo de referencia, atendiendo

²⁶⁸ *Ídem*

²⁶⁹ Véase el artículo 207, inciso d, del apartado 2, de la Constitución de la Provincia de Río Negro, Argentina.

²⁷⁰ SAGÜES, Néstor P. “La acción de inconstitucionalidad por omisión ... *Cit.* en nota número 217, Pág.110

a las particularidades del caso bajo examen²⁷¹. b) El segundo tramo, de darse el caso de desobediencia a lo requerido, es más complejo, y contempla dos alternativas. La primera es que el Superior Tribunal *integre* el orden normativo faltante, con efecto limitado al expediente donde se planteó la acción. La segunda posibilidad es que el poder judicial no pueda cubrir ese vacío lagunoso. Por ejemplo en algunos casos al no poder crear las leyes el Poder judicial, esto podría a imaginar estructuras, trámites, oficinas, personal y medios para lo cual no está decididamente capacitado —como sucede con la Corte Venezolana en el Caso FENATRIADE, remitimos al Capítulo VI—. Ante tal imposibilidad, la Constitución contempla una reparación patrimonial “conforme al perjuicio indemnizable que se acredite”²⁷².

Por otro lado BIDART CAMPOS subraya que “no sustituye al órgano que ha incumplido el mandato de dictar la norma ausente, sino que suple solamente para el caso la carencia de norma mediante el operativo de la integración [...]; es decir, dicta sentencia en la que mediante norma individual colma la laguna normativa existente”²⁷³.

En cuanto a Ecuador, se especificará dentro del plazo establecido por la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. La ley reglamentaria expresa los siguientes supuestos²⁷⁴: 1. En el caso de las omisiones normativas absolutas, se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional

²⁷¹ SAGÜÉS, Néstor P. *Op. Cit.* Pág.115

²⁷² *Ibidem*, Pág.116

²⁷³ BIDART CAMPOS, Germán J., “Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro”, en *El Derecho*, T° 129, Buenos Aires, 1988, Pág. 949

²⁷⁴ Numeral 1 y 2, del artículo 129, de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional de Ecuador.

formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o Institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia. 2. En el caso de las omisiones normativas relativas, cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, serán subsanadas por la Corte Constitucional, a través de las *sentencias de constitucionalidad condicionada*.

El modelo de Chiapas, determina que el Tribunal Constitucional en la resolución fijara como plazo un periodo ordinario de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva la omisión correspondiente.

Visualizamos que Veracruz, precisa un plazo que comprende dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. En cuanto a Tlaxcala, se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada.

En el caso de Quintana Roo, la resolución que decrete la existencia de la omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado. Precizando dos variantes, la primera, consiste que en dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la Ley o decreto de que se trate la omisión, que será a mas tardar en el período ordinario que curse, o el inmediato siguiente el Congreso del Estado; y la segunda, que puede *disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite*²⁷⁵.

²⁷⁵ Artículo 109 de la Ley reglamentaria, de los artículos 104 y 105 de la Constitución Política del Estado libre y soberano de Quintana Roo

Nayarit decreta, la sentencia que declare fundada la acción fijará el plazo para que la autoridad omisa expida la norma, el cual no podrá exceder de un año.

Encontramos en el Estado de Querétaro que estipula, la sentencia de la acción por omisión legislativa, en caso de que la decree procedente, contendrá, además de lo contemplado en el artículo 51 de esa Ley, el plazo para que la Legislatura del Estado emita la regulación necesaria para subsanar la omisión legislativa²⁷⁶. Pasado el plazo concedido a la Legislatura del Estado para que emita la regulación correspondiente, sin que la misma se realice ni se encuentre en vías de ejecución, por única vez, la Sala Constitucional otorgará un plazo extraordinario de hasta treinta días hábiles a la autoridad condenada, a efecto de que ejecute plena y completamente la sentencia²⁷⁷.

Finalmente en Yucatán, la resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia y decree la existencia de omisión legislativa o normativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el órgano de difusión oficial del Estado. La resolución del Pleno, respecto a omisiones del Congreso del Estado, otorgará un plazo que comprenda dos periodos ordinarios de sesiones para que éste emita la ley, decreto o acuerdo omitido. Si se trata de omisiones del Poder Ejecutivo o de los ayuntamientos, se otorgará un plazo de seis meses para subsanar la omisión.

b). Conminación a legislar con plazo razonable. Como único modelo que se encuadra en esta clasificación tenemos a la Constitución de Coahuila, en ella se establece que se comunicará al órgano competente para que en un plazo razonable²⁷⁸, dicte las disposiciones

²⁷⁶ Artículo 89, de la Ley de Justicia Constitucional del Estado de Querétaro.

²⁷⁷ Artículo 90 de la misma Ley.

²⁷⁸ Párrafo segundo, del artículo 88 de la Ley de Justicia Constitucional de Coahuila

legislativas necesarias que permitan se aplique el precepto de la Constitución falto de reglamentación.

Aquí quizá el modelo debería fijar el plazo máximo para subsanar la omisión, para que el Congreso en el ámbito de sus facultades lo realice, y no debe establecer plazo mínimo como suele suceder en otros modelos.

c). Efectos declarativos o verificación de omisión. En Portugal, el Tribunal Constitucional “verifica” la existencia de la omisión vulneradora de la Ley Básica, y posteriormente da conocimiento al órgano legislativo competente. Ahora bien, esta puesta en conocimiento del órgano legislativo sobre las omisiones inconstitucionales carece de coactividad, aunque con ello no se puede olvidar la importancia de los efectos políticos de la declaración²⁷⁹. Así también de persistir la ausencia de regulación nada parece obstar a que se pronuncie de nuevo el Tribunal Constitucional acerca de semejante omisión vulneradora de la Ley Básica, lo que acrecería el problema político²⁸⁰.

Sobre el sistema de la simple puesta en conocimiento al órgano legislativo, GOMES CANOTILHO y MARTINS MOREIRA opinan que es el instrumento más adecuado en función de su compatibilidad con la autonomía del poder legislativo y con la separación de los órganos de soberanía, y en cuanto a su eficacia jurídica directa esta carece de algún tipo de fiscalización²⁸¹.

²⁷⁹ TAJADURA TEJADA, Javier “*La inconstitucionalidad por omisión y ...* Cit. nota número 50, Pág. 308.

²⁸⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La figura de la inconstitucionalidad por omisión portuguesa ... Cit. nota número 235, Pág. 247.

²⁸¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim y MARTINS MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, Coimbra editora, Coimbra, 1982, Pág. 1, 049.

d). Suplencia del legislador. Son los casos de Venezuela y Ecuador. En México, las entidades federativas de Veracruz, Chiapas, Coahuila, y Querétaro. Esta característica consiste en que se faculta a los Tribunales, Salas y/o Cortes Constitucionales para dictar o expedir las bases, leyes y/o normas ya sea de manera provisional o definitiva. Ante esta facultad a esos Tribunales Constitucionales tienen el calificativo *de legisladores suplentes y precarios*, —como se verá en el capítulo VI—.

e). Responsabilidad de la autoridad omisa. Es de destacar que este diseño se encuentra en la Constitución de Tlaxcala. En ella se establece que el incumplimiento a la sentencia, será motivo de *responsabilidad*.

También el Estado de Querétaro —Ley de control constitucional, en el artículo 91— estipula que si agotado el plazo extraordinario, la legislatura persiste en actitud omisa, sin perjuicio de la *responsabilidad* en que la misma incurra, la Sala Constitucional informará de dicha situación al Pleno del Tribunal Superior de Justicia.

Ahora bien, tanto la Constitución como la Ley de Control constitucional del Estado de Tlaxcala y la de Querétaro nada dicen respecto a qué tipo de responsabilidad o qué sanciones podría dárseles a las autoridades que han ocasionado la omisión.

f). Postergación —diferimiento o prospectiva— de los efectos de las sentencias para evitar la omisión normativa.

Esta modalidad es sumamente extravagante, la encontramos descrita en el modelo de Ecuador, en ella se establece que cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca una omisión normativa que sea fuente potencial de

vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá *postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad*²⁸².

La cuestión planteada en este punto ya ha sido esbozada en Brasil por FERREIRA MENDES, al interrogarse acerca de si, no obstante una declaración de inconstitucionalidad por omisión, en el supuesto de una omisión parcial o relativa, la ley debe de conservar su validez hasta tanto sea, en su caso, modificada por el Poder legislativo²⁸³.

La crítica que diversos autores realizan a los efectos y cumplimientos de las sentencias en los distintos modelos constitucionalizados de este mecanismo, es que las sentencias se limitarán a “certificar” la existencia de una omisión que el actor pretendía combatir²⁸⁴, mientras que para otros no pasará de ser un mero consejo²⁸⁵ o un simple aviso al legislador que se encuentra retrasado²⁸⁶.

Entendemos que los efectos de la sentencia se refieren a las consecuencias que puede tener el contenido de la resolución judicial²⁸⁷, generalmente, los efectos serán *erga omnes* tanto en omisiones relativas como en absolutas, en algunos casos se explicitan cuando el fallo tiene

²⁸² Artículo 130, de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional de Ecuador.

²⁸³ FERREIRA MENDES, Gilmar, *Jurisdição Constitucional* (O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha), 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2005, Págs. 380 y Ss.

²⁸⁴ RAMOS TAVARES, André, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, Pág. 297.

²⁸⁵ DANTAS, Ivo, *Constituição & Processo*, 2ª ed., Juruá Editora, Curitiba, 2007, Pág. 512

²⁸⁶ PIRES ROSA, André Vicente, *Las omisiones legislativas y su control constitucional*, Editora Renovar, Río de Janeiro, 2006, Pág. 295

²⁸⁷ NÚÑEZ VALADEZ, Miguel Antonio, *La omisión legislativa y control...Cit. nota número 41*, Pág. 137.

trascendencia, o la votación de los magistrados integrantes de la Corte o Sala los requiere, según la reglamentación o modelo previsto en cada país²⁸⁸.

2. Medidas de reparación o subsanación de la omisión

En las medidas de reparación o subsanación de las omisiones, naturalmente existen variantes de acuerdo a la fuente doctrinal que se consulte. La clasificación que describimos, ha sido desarrollada por SAGÜÉS²⁸⁹ —él le denomina remedios *judiciales y constitucionales*— y posteriormente ampliada por RANGEL HERNÁNDEZ. Este catálogo ha sido creado para organizar modelos en los cuales la omisión se encuentra incorporada a la Constitución. Nosotros extendemos el estudio a más constituciones, con la intención de obtener más elementos, para interpretarlos y posteriormente intentar extraer una doctrina.

En los remedios judiciales, SAGÜÉS reflexiona que, algunas veces los tribunales han ideado, creativamente, recetas para atender la inconstitucionalidad por omisión. Muchas veces son casos típicos de un atractivo activismo judicial, pensado para dar a la Constitución su característica de norma real y ejecutiva²⁹⁰. Entre ellas, pueden recordarse cuanto menos cuatro medidas:

²⁸⁸ Por ejemplo en el sistema federal de México, se necesitan 8 votos para la declaratoria de inconstitucionalidad.

²⁸⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la ... Cit. en nota número 36, Pág. 3,131 y Ss. En México existe una monografía de Laura RANGEL HERNÁNDEZ en la que toma como base esta clasificación de SAGÜÉS, y desarrolla la clasificación con mayor amplitud.

²⁹⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, número 58-59, Volumen I, Universidad de Valencia, 2007, Pág. 254

- La *motorización* directa de la Constitución, mediante la que el Tribunal da efectividad a una regla constitucional. Se supera así la inexistencia de la ley reglamentaria²⁹¹.
- La *cobertura* de la ley local faltante recurriendo al *Derecho internacional*, en particular, al Derecho internacional de los derechos humanos. La norma internacional actúa como sustituto de la ley doméstica ausente²⁹².
- La *sustracción* de la ley ausente, se reputa innecesaria para dar efectividad a la Constitución, que adquiere entonces nivel de norma autoejecutiva²⁹³, o de aplicación directa.
- Y la cobertura de la ley faltante mediante una *decisión del tribunal*. Fue el método aplicado por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en 1969, en lo que se ha reputado un *leading case* en la materia²⁹⁴.

Los principales remedios constitucionales —nosotros le denominamos medidas de reparación o subsanación— a describir, son con la intención de mostrar como se están clasificando a las omisiones desde la *perspectiva* de américa latina. Entre ellos destacan la *denuncia ante un órgano superior*, *recomendación*, *llamado de atención*, la *intimación o requerimiento*, la *cobertura o suplencia*, el *resarcimiento* y las *compulsión constitucional*.

²⁹¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Los jueces y la inconstitucionalidad por omisión”, *La interpretación judicial de la constitución* (2ª ed.), Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, capítulo X, Págs. 135 y Ss.

²⁹² SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Op. Cit.* 136 y Ss.

²⁹³ *Íbidem*

²⁹⁴ *Íbidem*

2.1. Denuncia ante un órgano superior, recomendación, y llamado de atención

Hemos agrupado estos tres elementos porque desde nuestra perspectiva tienen cierta similitud. Entre ellos como primero tenemos a:

a). *Denuncia ante un órgano superior.* En este supuesto, el órgano que controla la supremacía constitucional, detecta la mora legislativa que incurre un organismo del Estado, e informa al poder estatal superior para que adopte alguna medida²⁹⁵. En otras palabras, esta variante acontece cuando un poder incurre en una omisión legislativa, el órgano que determina la omisión acude ante un órgano superior de ese poder para hacer o dar conocimiento de dicha omisión, y éste actúe para subsanar la omisión. Véase por ejemplo el caso de la antigua Yugoslavia, donde la Constitución establecía que se “*dará conocimiento de ello en la asamblea de la República*”²⁹⁶.

b). *La recomendación.* Se da en los supuestos donde el órgano superior o de control, simplemente recomienda a la autoridad omisa que cumpla con su labor. Un ejemplo es Portugal en la Constitución de 1976, que establecía “*podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable*”.

c). *El llamado de atención.* La podemos situar en Portugal — reforma de 1982—, como su nombre lo dice, no es más que un extrañamiento a la autoridad omisa.²⁹⁷ En ella se establece “*dará conocimiento al órgano legislativo competente*”. Desde nuestra perspectiva también Yugoslavia presenta esta variante al disponer “*dará conocimiento de ello a la asamblea de la República*”²⁹⁸. Esta variante

²⁹⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Problemas constitucionales en ... Cit. en nota número 290, Pág. 255

²⁹⁶ Artículo 377 de la Constitución de la antigua Yugoslavia.

²⁹⁷ Artículo 283 de la Constitución portuguesa.

²⁹⁸ Artículo 377 de la Constitución de Yugoslavia.

también tiene similitud con la clasificación de *Denuncia ante un órgano superior*.

2.2. La intimación o requerimiento

La intimación²⁹⁹ o requerimiento, consiste en el otorgamiento de un plazo para que se colme el vacío legal. Tenemos a Brasil, allí se establece “se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días”³⁰⁰. En Tlaxcala se prescribe “se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada”³⁰¹.

Por otro lado, en la Constitución de Chiapas como hemos visto con anterioridad consigna, “se determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones del congreso del Estado, para que éste resuelva la omisión correspondiente”³⁰². Así también en Quintana Roo se estipula “en dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la Ley o Decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el periodo ordinario que curse o el inmediato siguiente de la Legislatura del Estado; pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo

²⁹⁹ Del verbo intimar: tr. Requerir el cumplimiento de algo, especialmente las autoridades.

³⁰⁰ Artículo 103.2 de la Constitución de Brasil.

³⁰¹ Artículo 81 de la Constitución de Tlaxcala.

³⁰² Actualmente véase el artículo 64, fracción III, último párrafo, de la Constitución de Chiapas. Esa Constitución ha sido reformada en diversas ocasiones; en lo que interesa, a partir del año 2002 se introdujo la figura de la acción por omisión legislativa, se estableció en el artículo 53, fracción III, último párrafo, se contemplaba con características parecidas, con la diferencia que “se determinaba como plazo dos periodos ordinarios de sesiones del Congreso del Estado, para resolver la omisión correspondiente”.

amerite³⁰³". La Constitución de Venezuela señala se "establecerá el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección³⁰⁴".

En cuanto a la Constitución de Coahuila "el Pleno ordenará a la autoridad omisa dictar, en un plazo razonable, las disposiciones legislativas necesarias que permitan se aplique el precepto de la Constitución falto de reglamentación³⁰⁵". Por lo que respecta a Río Negro, Argentina, el Superior Tribunal de Justicia "fija el plazo para que se subsane la omisión"³⁰⁶. Ecuador establece que, se determinará dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional³⁰⁷. En Veracruz, determina como plazo dos períodos ordinarios de sesiones del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto dicha omisión.

El Estado de Nayarit dispone que, el plazo para que la autoridad omisa expida la norma, no podrá exceder de un año. En el modelo de Querétaro, la sentencia determinará el plazo para que la Legislatura del Estado emita la regulación necesaria para subsanar la omisión legislativa³⁰⁸. Finalmente, la Constitución de Yucatán otorga un plazo de dos períodos ordinarios de sesiones para que el Congreso emita la ley, decreto o acuerdo omitido. Si se trata de omisiones del Poder

³⁰³ Artículo 105, fracción III, penúltimo párrafo, de la Constitución de Quintana Roo

³⁰⁴ Artículo 336, inciso 7, de la Constitución venezolana de 1999

³⁰⁵ Artículo 88 de la Ley de justicia constitucional local para el Estado de Coahuila de Zaragoza.

³⁰⁶ Véase el artículo 207, inciso d del apartado 2, de la Constitución de la Provincia de Río Negro, Argentina.

³⁰⁷ Numeral 1 y 2 del artículo 129 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional de Ecuador. Más adelante, en el epígrafe referente a los efectos y cumplimientos de las sentencias se describirán las variantes respecto a las omisiones relativas y absolutas.

³⁰⁸ Artículo 89 de la Ley de justicia constitucional del Estado de Querétaro. En el epígrafe referente a los efectos y cumplimientos de la sentencias se describirá lo referente al "plazo extraordinario".

Ejecutivo o de los ayuntamientos, se otorgará un plazo de seis meses para subsanar la omisión³⁰⁹.

Como podemos observar este elemento se refiere al plazo otorgado al *sujeto activo* para que subsane la omisión. También tiene relación con los *efectos y cumplimiento de las sentencias*, la cual ya ha sido abordada en páginas anteriores de este trabajo.

Un ejemplo de requerimiento, lo tenemos en la **ADIn por Omissão n.º 3.682-MT, de 9-05-2007**³¹⁰. El Supremo Tribunal Federal, por unanimidad, juzgó procedente la acción de inconstitucionalidad por omisión interpuesta por la Asamblea Legislativa del Estado de Mato Grosso, reconociendo la mora inconstitucional del Congreso Nacional, al omitir la elaboración de la ley complementaria federal a que se refiere el art. 18, parágrafo 4º de la CF, en la redacción dada al mismo por la Enmienda Constitucional n.º 15/1996, y, por mayoría, le fijó el plazo de 18 meses para que subsanara la omisión. El Tribunal reconoció que no se podía hablar de una total inercia legislativa, por cuanto varios proyectos de ley sobre la materia habían sido presentados y discutidos en el Congreso. Ello no obstante, entendió que la *inertia deliberandi* (en la discusión y votación) también podía configurar una omisión que pudiera llegar a ser considerada morosa, en el caso de que los órganos legislativos no deliberaran dentro de un plazo razonable sobre el proyecto de ley en tramitación. Adujo, en fin, el Tribunal que, en el caso en cuestión, no obstante la diversidad de proyectos de ley presentados, se configuraba una omisión inconstitucional en cuanto a la efectiva deliberación de la ley complementaria, sobre todo teniendo en cuenta el gran número de municipios creados tras la Enmienda Constitucional n.º 15/1996, con base en los requisitos establecidos en las antiguas legislaciones estatales, algunas de las cuales habían sido declaradas

³⁰⁹ Fracción III, artículo 70 de la Constitución de Yucatán.

³¹⁰ Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

inconstitucionales por el propio Supremo Tribunal Federal.

2.3. La cobertura o suplencia

En esta medida, se faculta a los Tribunales Constitucionales para dictar o expedir bases, leyes y/o normas, ya sea de manera provisional o definitiva. Como hemos mencionado en el primer capítulo, a esos Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales que poseen tal facultad puede dárseles el calificativo de *legisladores suplentes y precarios*. Remitimos al capítulo VI, donde analizamos con mayor extensión este fenómeno.

Dentro de estos modelos podemos destacar la Constitución de Venezuela, y Ecuador; el de las entidades federativas de Veracruz, Chiapas, Coahuila, Querétaro y el proyecto de reforma integral del estado de Guerrero. También subrayamos que el *mandato de injunção* en Brasil³¹¹, podría encuadrarse en esta característica, en el que el juez tiene la capacidad para crear la norma al caso concreto³¹².

2.4. El resarcimiento

³¹¹ Artículo 5, fracción LXXI, de la Constitución brasileña. “sempre que a la falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania”.

³¹² A manera de crítica sobre esta figura, GOMES CANOTILHO, realizó un análisis y precisa que, “El *mandado de injunção* no tiene por objeto una pretensión o una emanación, a cargo del juez, de una regulación legal complementar con eficacia *erga omnes*. El *mandado de injunção* apenas viabiliza, en un caso concreto, el ejercicio de un derecho o libertad constitucional perturbada por la falta parcial de ley reglamentar. Si la sentencia judicial pretendiese ser una normativa con valor de ley ella sería nula (inexistente) por usurpación de poderes”. GOMES CANOTILHO, José Joaquín, “Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos-O ... *Cit.* en nota número 123, Págs. 366-367.

Consiste que el Estado está obligado a indemnizar, reparar el daño, perjuicio o agravio, a favor del demandante de la omisión legislativa en caso de que no se subsane.

Se contempla en la provincia de Río Negro, Argentina³¹³, en cuya Constitución se prevé que ante el incumplimiento se integrará el orden jurídico y si esto no fuera posible se estipulará un resarcimiento a favor del promovente.

Es así que en cuanto a las atribuciones del Superior Tribunal de Justicia, se estipulan a “las acciones por incumplimiento (...) En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite”³¹⁴. RANGEL HERNÁNDEZ considera al modelo previsto en esta Constitución, como una de las soluciones más avanzadas en la materia³¹⁵.

Encontramos como ejemplo resuelto a través de esta técnica en la Provincia de Río Negro, el caso **“Gómez, Daniel A. s/Inconstitucionalidad por omisión”**. Este derivó del litigio número 11.418/96, resuelta el 20 de noviembre de 1996, en el se abordó la cuestión de la presunta mora en la reglamentación de derecho de revocatoria popular legislativa —previsto en los artículos constitucionales 2 y 149—, reglamentación que no había sido dictada por la Legislatura Provincial.

³¹³ Cabe aclarar que Argentina, no posee en su Constitución Federal el mecanismo de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, empero si se encuentra en la Constitución de la Provincia de Río Negro.

³¹⁴ Véase el artículo 207, inciso d, del apartado 2, de la Constitución de la Provincia de Río Negro.

³¹⁵ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, “La acción de Inconstitucionalidad...” *Op. Cit.* en la nota al pie no. 31, Pág. 208

Al analizar la causa —y coincidiendo parcialmente con lo expresado por el Procurador General—, el Superior Tribunal concluyó que se había configurado una hipótesis de mora legislativa³¹⁶ contraria a la Constitución, ya que desde 1988 hasta 1996 había transcurrido un plazo suficientemente razonable para que los legisladores emitieran la norma reglamentaria.

En este asunto no hubo necesidad de resarcir por perjuicio alguno. BAZÁN apunta como corolario ilustrativo —una importante lectura de ese fallo—, que el Tribunal mudó el rumbo jurisprudencial que traía hasta ese momento —en el que sistemáticamente había desestimado la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión—, acogiendo estimatoriamente —más en forma parcial— la pretensión del actor, fijando a la Legislatura como plazo para subsanar la omisión legal en reglamentar el derecho de revocatoria³¹⁷.

2.5. La compulsión constitucional

La compulsión constitucional es un elemento que se presenta en casos que, las propias Constituciones determinan que éstas no pueden ser incumplidas por la falta de ley reglamentaria. De modo que el juez debe ingeniárselas para resolver la situación de mérito. Un típico ejemplo de este modelo se precisa en Ecuador, véase que establece “Los *derechos y garantías* establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán *de directa e inmediata aplicación* por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.” Para el

³¹⁶ En este caso el concepto de mora legislativa se utiliza como sinónimo de omisión legislativa.

³¹⁷ BAZÁN, Víctor, “Posibles vías de corrección de las omisiones inconstitucionales en los ámbitos del derecho público de la ciudad autónoma de Buenos Aires y Provincial Argentino”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional, (Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación)*, 4ª.Ed., Tomo IV, México, Porrúa, 2003, Pág. 3, 669

ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. *Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento*³¹⁸.

Otro ejemplo es Paraguay, quién también prevé esta característica estableciendo “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. *La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía*³¹⁹”.

Sin duda podemos afirmar que, normas de este tipo obligan a los jueces a imaginar vías para hacer efectiva una norma constitucional total o parcialmente programática, confeccionándola para el caso, de no haber precepto legal reglamentario —resalta SAGÜES—. Naturalmente, es un desafío para la judicatura. En muchos casos es una transferencia de responsabilidades políticas del Poder Legislativo hacia el Judicial o el Tribunal Constitucional, ya que éstos deben adoptar decisiones ante el vacío normativo, pese al mandato constitucional existente hacia los legisladores ³²⁰.

Finalmente, podemos percatarnos que todas las constituciones descritas, pueden encuadrarse sin problema alguno en diversas variables de este apartado, y tienen una conexión directa con todos los elementos reseñados en la *configuración procesal en el Derecho Comparado* —descritos en el punto 1 de este capítulo—.

³¹⁸ Artículo 11, numeral 3, de la Constitución de Ecuador de 2008

³¹⁹ Artículo 45 de la Constitución de Paraguay de 1992; RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, “La acción de inconstitucionalidad ...*Cit.* nota número 31, Pág. 208

³²⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Problemas constitucionales en ... *Cit.* en nota número 290, Pág. 258

3. Algunas soluciones en los sistemas europeo y americano de derechos humanos

Desde la perspectiva de los derechos humanos es importante describir como los Tribunales o Cortes se han pronunciado sobre las omisiones. Actualmente tanto el Tribunal Europeo —Estrasburgo— como la Corte Interamericana ambos especializados en derechos humanos, están realizando una actividad muy importante para el desarrollo y consolidación de derechos a través de sus sentencias. Actualmente es normal llevar ante esas instancias diversos asuntos, cuando se consideren existe una vulneración de algún derecho reconocido en los convenios internacionales.

Ahora bien, en estos apartados, intentamos describir como el concepto *omisión legislativa* puede encontrarse en algunas sentencias dictan ambas Cortes o interpretarse en ese sentido.

3.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el sistema europeo, resulta muy alentador que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha plasmado, y analizado en algunas sentencias la figura que estudiamos. Así podríamos decir que actualmente existe una doctrina de las *omisiones*, por lo menos en formación en Estrasburgo. En varios casos le ha denominado *inconveniencia por omisión legislativa o control de convencionalidad por omisión del legislador*, como veremos a continuación.

a). Derecho a la propiedad privada: artículo 1 protocolo núm. 1

Como primer asunto tenemos, **Klaus y Iouri Kiladze contra Georgia**, de 2 de febrero de 2010. El TEDH considera violado el derecho

de propiedad de los recurrentes por una omisión del legislador georgiano, al no haber previsto las condiciones en que las víctimas georgianas de la represión política —desarrollada por las autoridades de la URSS—, podían acceder a una *compensación por los daños morales* causados —como obligaciones positivas derivadas del reconocimiento del derecho de propiedad “omisión legislativa”—. El fundamento del caso se encuentra en el artículo 1 del protocolo número 1.

El litigio estudiado resulta particularmente sangrante ya que los demandantes, dos hermanos de origen georgiano, sufrieron todo tipo de humillaciones a manos de las autoridades soviéticas, que no sólo condenaron como traidores a la patria a sus progenitores, recluyéndolos durante largos años en prisiones soviéticas, sino que confiscaron todos sus bienes, y confinaron a los hijos menores en centros para niños sin hogar, en los que las condiciones de vida eran terribles y continuamente vejados y castigados físicamente.

Dada la dimensión de la represión llevada a cabo por las autoridades soviéticas, el legislador de Georgia consideró adecuado reconocer a todas las víctimas una compensación pecuniaria, cuya cuantía y requisitos debía ser determinada en una ley posterior (artículo 9 de la Ley de 11 de diciembre de 1997). Basándose en el reconocimiento efectuado por el legislador georgiano, los reclamantes exigieron ante los tribunales su reconocimiento como víctimas de la represión soviética y la compensación económica estipulada. Sin embargo, los tribunales georgianos, aún reconociendo a los recurrentes como víctimas de la represión, negaron la posibilidad de conceder el pago económico por cuanto el legislador —omiso— *no había desarrollado el precepto legislativo correspondiente*, tampoco previa las condiciones para acceder a la citada remuneración, como a su cuantía.

El TEDH analiza el asunto desde la óptica del derecho al disfrute de los bienes, reconocido en el artículo 1 del Protocolo número 1 al CEDH. En este sentido, consideró que los derechos reconocidos a los

recurrentes por la Ley georgiana del 11 de diciembre del 1997 son los valores patrimoniales, respecto de los cuales los recurrentes pueden tener una esperanza legítima de disfrute, en la medida en que la citada Ley reconocía el derecho a una compensación pecuniaria a todos los georgianos que hubieran sido víctimas de la represión de las autoridades soviéticas entre 1921 y 1990, siempre que pudieran demostrar que fueron detenidos, exiliados, retenidos en algún centro especial o asesinados como consecuencia de esa represión. La Ley reconocía el derecho a esa indemnización también a los herederos en primer grado de las víctimas de esos hechos, lo que configuraba a los recurrentes como beneficiarios claros de la reparación económica. Por tanto, la imposibilidad de obtenerla como consecuencia de la *inactividad del legislador* georgiano debía ser analizada, según el TEDH, como una injerencia en el derecho de propiedad, que sólo sería legítima siempre que fuera legal, persiguiera un objetivo legítimo y mantuviera un justo equilibrio entre los intereses particulares y generales.

A pesar de que, según el TEDH, *la omisión del Estado georgiano* podía considerarse legal y legítima, en la medida en que las autoridades georgianas alegaban que no se había desarrollado la Ley de 11 de diciembre de 1997 por motivos políticos y financieros. El TEDH destaca *que no podía considerarse que la medida mantuviera un justo equilibrio entre los intereses particulares y generales*, ya que las autoridades georgianas *no habían siquiera iniciado el proceso de tramitación de la ley y tampoco explicado de ningún modo el porqué de ese retraso más allá de la genérica referencia*, ya señalada, a motivaciones políticas y financieras. Esa indicación, entendida en el TEDH, no podía considerarse suficiente para estimar proporcionada la injerencia del derecho³²¹.

³²¹ Revista de Derecho Administrativo JUSTICIA ADMINISTRATIVA, no 48, Julio, Lex Nova, España, 2010, pág. 108 y 109.

Esta sentencia es un claro ejemplo que sobre el concepto transcurso del tiempo, plazo o mora por parte del legislador, supone inicialmente un periodo vencido por parte del órgano que debió dictar la norma.

Sobre ello recordemos que un sector de la doctrina brasileña, y también, por supuesto, el Supremo Tribunal Federal en su jurisprudencia, siguiendo a la doctrina portuguesa, se ha hecho eco del presupuesto del transcurso del plazo razonable. No basta la mera omisión de un deber específico de legislar, sino que es preciso que esa inacción se prolongue durante un determinado período de tiempo³²².

Otro aspecto a resaltar es que, para llegar a la finalidad demandada en las omisiones legislativas, sin lugar a dudas los argumentos que mas se escuchan para su improcedencia, son los aspectos *financieros*. Aquí, así sucede en las alegaciones realizadas por parte del Estado demandado.

b). Derecho a participar en elecciones libres: artículo 3 Protocolo 1

En este caso **“Sitaropoulos y Giakoumopoulos contra Grecia — Inconvencionalidad por omisión legislativa—”**. El convenio no impone la obligación de regular el voto de ciudadanos residentes en el extranjero, pero si la Constitución contiene un mandato al legislador, y esta ha sido incumplido durante más de 30 años, produce la violación del Convenio y su fundamento se encuentra en el Derecho a participar en elecciones libres —artículo 3, Protocolo 1—.

Nikolaos Sitaropoulos y Christos Giakoumopoulos son dos funcionarios griegos del Consejo de Europa que recurren ante el TEDH la negativa de su embajada de facilitarles el voto en las elecciones

³²² Véase a FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El nuevo régimen jurídico de ... *Cit.* nota número 110, Pág. 148

griegas en ausencia de una legislación específica que haga posible la participación electoral de los ciudadanos helenos en el extranjero. La Constitución de Grecia ordena desarrollar la legislación correspondiente, pero más de 30 años después, no ha sido promulgada. Así el TEDH (por una mayoría de 5 a 2, el 8 de julio) debe enfrentarse a una eventual infracción del derecho a participar en elecciones —artículo 3 protocolo 1— como consecuencia de *una omisión del legislador constando un mandato constitucional expreso* para regular esa cuestión.

En primer término, el Tribunal recuerda que el Convenio no obliga a que los Estados regulen el voto de los nacionales residentes en el extranjero. Pero, si existe una previsión constitucional y ésta ordena al legislador su regulación, no puede dejarse de tener en cuenta, pues quedaría permanentemente sin desarrollo, sobre todo si ha transcurrido más de 30 años y el mandato al legislador no ha sido cumplido, así, lo cierto es que se le estaría privando de contenido y de sentido.

De modo que, la diferencia de trato a efectos electorales entre ciudadanos griegos que vivan en el extranjero y en la propia Grecia estaría cerca de constituir un trato discriminatorio. En definitiva, la ausencia de una legislación ordenada hace más de 30 años para posibilitar el derecho de sufragio de los recurrentes constituye una violación del derecho a unas elecciones libres³²³.

Vale la pena aclarar que posteriormente la Gran Sala cambió de criterio. Sin embargo, como hemos explicado y resaltado en el Capítulo I, nosotros pretendemos evidenciar como se están resolviendo las omisiones legislativas en el Derecho Comparado, motivo por cual no entramos a analizar la argumentaciones de ese nuevo criterio.

Además, con la revocación de este criterio se ilustran los problemas políticos que plantea al revisar una omisión en su

³²³ Revista de Derecho Administrativo JUSTICIA ADMINISTRATIVA, no 50, año XII, 4º. Trimestre, 2010, Lex Nova, España, Pág. 113.

deliberación. Asimismo, se evidencia que existe una línea tenue entre las omisiones legislativas y los tratos discriminatorios.

c). El derecho a la vida privada y familiar: artículo 8 CEDH

En el asunto **“Control de convencionalidad por omisión del legislador: Regulación del aborto ineficaz, casos A, B, y C contra Irlanda”**, el fundamento se encuentra en el derecho a la vida privada y familiar —artículo 8 CEDH—.

El caso **A, B, y C contra Irlanda, de 16 de diciembre de 2010**, valora la conformidad con el artículo 8 de la regulación irlandesa de la interrupción del embarazo. Los demandantes son tres mujeres mayores de edad que viajaron al Reino Unido en 2005, para interrumpir su embarazo, a causa de que la legislación irlandesa prohíbe la práctica de abortos en su territorio, a no ser que exista riesgo real y evidente para la vida de la madre. Igualmente, todavía se mantenía en vigor una Ley de 1861 por virtud de la cual se condenaba a cadena perpetua a toda aquella mujer embarazada o cualquier tercero, que lleve a cabo cualquier acción ilícita con la intención de provocar un aborto. Los motivos por los que cada una de las recurrentes decidieron interrumpir su embarazo fueron diversos: por circunstancias socioeconómicas —primer caso—, por decisión personal —segundo caso—, y por el riesgo de su vida y de la del feto —tercer caso—.

Las tres mujeres acuden al TEDH alegando que la imposibilidad de abortar en Irlanda hizo el procedimiento innecesariamente costoso, complicado y traumático, así como que esa situación las había estigmatizado y humillado, hasta el punto de que habían arriesgado su salud y, en caso de la tercera demandante, incluso su vida.

El Tribunal rechaza tanto la alegación del artículo 2 del CEDH, porque no se había producido ningún obstáculo legal para que

cualquiera de las solicitantes pudiera viajar al extranjero para interrumpir su embarazo; incluso la alegación del artículo 3, por entender que la carga psicológica y física sufrida por cada una de ellas como resultado de sus viajes al extranjero para interrumpir su embarazo, no había sido lo suficientemente graves para calificarlo como trato inhumano o degradante.

En cuanto a la posible vulneración del artículo 8 del CEDH, el Tribunal comienza afirmando que no supone el reconocimiento del derecho al aborto. Sin embargo, la prohibición irlandesa de interrumpir el embarazo sí puede considerarse dentro del ámbito del derecho de las demandantes, respecto de su integridad física y psicológica, es decir, de sus vidas privadas. Así el Tribunal determina examinar los casos por separado.

Las dos primeras actrices basaron su demanda en que las restricciones legales a la interrupción del embarazo en Irlanda impiden que pueda abortarse por razones de salud o bienestar, vulnerando por ello, el derecho al respeto de su vida privada. El Tribunal acepta la existencia de una injerencia en el derecho, pero la considera conforme con la legalidad y con el objetivo legítimo de proteger la moral pública de la sociedad de Irlanda. El Tribunal concluye que, la existencia de un consenso indiscutible entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre esta materia, pero tal consenso no es, a su juicio, suficiente para reducir decisivamente el amplio margen de apreciación que el Estado disfruta de ese contexto. Así, el Tribunal afirma que ha de respetarse un margen de apreciación nacional para la ponderación de los intereses en conflicto del feto y la madre, interpretación que en un caso similar (sentencia contra Francia, de 8 de julio de 2004) ya había utilizado.

De este modo, el Tribunal al aplicar el margen de apreciación nacional³²⁴ analiza, por un lado, el derecho de las recurrentes a viajar al extranjero para abortar, así como el derecho a obtener cuidados médicos en Irlanda antes y después del aborto y, por otro lado, el hecho de que la prohibición en Irlanda de abortar por razones sanitarias o de bienestar se basa en los profundos valores morales del pueblo irlandés en relación con el derecho a la vida del no nacido. El Tribunal examina ambos puntos de vista, y concluye que la prohibición existente sobre el aborto en Irlanda supone un equilibrio justo entre el derecho de las demandantes a que se respete su vida privada y los derechos invocados en nombre de los no nacidos. Por lo tanto, el Tribunal resuelve, por once votos contra seis, que en este caso no se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio.

Referente al análisis de la situación de la tercera recurrente, el Tribunal comprueba que, por un lado, hasta la fecha no se había aplicado la reforma constitucional que prevé la posibilidad de interrumpir el embarazo siempre que *corra riesgo la vida de la madre*. Aún cuando reconoce que el desarrollo legislativo sobre esta materia es una cuestión sensible y compleja, el Tribunal concluye que no existen procedimientos eficaces y accesibles que permitan determinar si concurren las circunstancias para poder interrumpir el embarazo de forma legal en Irlanda. Precisamente por este motivo consideró, de forma unánime, que Irlanda, *por omisión legislativa, había violado el derecho de la recurrente a que se respete su vida privada, reconocida en el artículo 8 del Convenio*.

La sentencia tiene varios votos particulares, dos votos particulares concurrentes, que discrepan en la argumentación llevada a

³²⁴ Sobre este concepto, véase *in extenso* a GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2010. También del mismo autor “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración” en *Teoría y realidad constitucional*, UNED, no. 20, 2007, Págs. 117-143

cabo por la mayoría del Tribunal, especialmente en lo que se refiere a la interpretación dada en esta sentencia del margen de apreciación nacional; y un voto particular discrepante, suscrito por seis magistrados. El voto particular discrepante considera que, aplicando el principio de proporcionalidad, quedaría acreditada la vulneración del artículo 8 del CEDH, también en el caso de las dos primeras demandantes. Además, critica el hecho de que la mayoría del Tribunal no haya utilizado el amplio consenso que existe en esta materia para limitar el margen de apreciación nacional³²⁵.

Para este asunto —MACEDO NERY FERRARI nos recuerda que, cuando la Constitución no determina el plazo para la omisiones. En caso de inercia de los poderes públicos, la determinación del *plazo razonable* debe verificarse en cada litigio. Sólo después de interpretar y medir el tiempo transcurrido, teniendo concluido que el acto no se ha emitido, el órgano fiscalizador debe concluir que la omisión es inconstitucional³²⁶. Vemos que en este contencioso, el comentario tiene cabida para mostrar lo impreciso que puede ser al valorar el juicio de omisión, pues, muchas veces, recae en aspectos subjetivos, resbaladizos y opinables.

3.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Al analizar los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no encontramos de manera literal el término *omisión legislativa*, pero al realizar una interpretación extensiva podríamos concluir que en cierta medida este concepto sí tiene cabida para algunas sentencias. Y en cuanto a las opiniones consultivas

³²⁵ Revista de Derecho Administrativo JUSTICIA ADMINISTRATIVA, no 51, año XIII, 1er. Trimestre, 2011, Lex Nova, España, Págs. 91 y 92

³²⁶ MACEDO NERY FERRARI, Regina Maria, *Efeitos da declaração ... Cit. nota numero 264*, Págs. 368-369.

resaltamos que el término *omisión* puede invocarse con cierta naturalidad.

a). Caso Yean y Bosiko vs República Dominicana

El asunto **Yean y Bosiko vs. República Dominicana**, de 8 de septiembre de 2005, la Corte Interamericana sostuvo:

*. . . el Estado debe adoptar en su derecho interno, dentro de un plazo razonable, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad Dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento. Dicho procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable, en consideración de que, de otra forma, los solicitantes pudieran quedar en condición de ser apátridas, además, debe existir un recurso efectivo para los casos en que sea denegada la solicitud, en los términos de la Convención Americana, de conformidad con los párrafos 239 a 241 de la presente sentencia*³²⁷.

En el ejemplo descrito observamos que se refiere a una medida de reparación, y la Corte mediante el control de convencionalidad sancionó al Estado de República Dominicana. Asimismo, la Convención Americana adquiere el carácter de *fuera normativa* para todos los Estados que integran el pacto.

b). Asunto Tentación de Cristo

En el caso **“La última tentación de Cristo”** (Olmedo Bustos y otros vs. Chile) en la resolución de la Corte Interamericana de Derechos

³²⁷ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa, Teoría ... Cit.* nota numero 14, Pág. 97

Humanos, consideró que Chile *no había cumplido con el deber de adecuar su ordenamiento interno con el Pacto de San José*, al contar con una disposición constitucional que permite la censura previa de los materiales cinematográficos y de hecho le *ordena, como parte de las reparaciones no pecuniarias que tome las medidas necesarias para modificar su Constitución anulando tal precepto legal*.³²⁸

La Corte IDH estableció su jurisprudencia en los siguientes términos:

72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u *omisiones de cualquier poder u órgano* de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u *omisión*, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado.

En el presente caso, ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Por tanto, con base en las anteriores consideraciones del derecho internacional de los Derechos Humanos, la Corte IDH por unanimidad estableció —en los puntos resolutivos de la sentencia— la siguiente orden reparadora:

4. Decide que el Estado debe *modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable*, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a

³²⁸ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Op. Cit.*, Pág. 96. También CIDH. **Caso La Última Tentación de Cristo**, sentencia de fondo, 5 de febrero de 2001, párrafo 72. También sobre un desarrollo con más detalle de la responsabilidad internacional del Estado por los actos del Poder Judicial, puede analizarse en este fallo el “voto concurrente” del juez Antonio A. Cançado Trindade. Véase a AYALA CORAO, Carlos “La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos (entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales)*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso, (Coord.) Tiran lo Blanch, México, Págs. 552, 553 y 554.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de *un plazo de seis meses* a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.

En este ejemplo —como en el anterior— la característica a resaltar es que nuevamente corresponde a una medida de reparación. Además la Corte argumenta con determinación las medidas por conducto del concepto *plazo razonable*.

c). Opinión Consultiva

En la opinión consultiva **No. OC-13/93** emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinó:

26. Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, **omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2**, también, por el supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos.³²⁹

También en la opinión consultiva **14/1994**, de 09 de diciembre, señaló:

36. Es indudable que, como se dijo, la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, **comprende la de no dictarlas** cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades.

³²⁹ Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A, No. 13, Corte IDH. Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Como puede verse en el énfasis añadido se encuentran los términos **omitiendo dictar las normas**. También RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa, Teoría ... Cit.* nota numero 14, Pág. 96

37. Ya en una ocasión anterior esta Corte ha dicho: Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, **omitiendo dictar las normas** a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención [*Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26*]³³⁰.

Como podemos observar, las opiniones consultivas han sido el medio dónde puede notarse con mayor contundencia el concepto *omisión normativa*, de la cual intuimos que se refiere como un sinónimo de *omisión legislativa*.

Un modo de intentar justificar el concepto de las omisiones, a través de los fallos de la Corte Interamericana, quizá podría ser a partir de las reglas que han sido fijadas desde la comprensión del artículo 2 de la Convención, que contiene el “Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”. No hay duda de ello, pues, la Corte ha reiterado desde hace mucho tiempo, que “Los Estados deben **adoptar** medidas positivas, **evitar** tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental y **suprimir** las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental” (un ejemplo el caso Castañeda Gutman contra México, párrafo 132).

Esa regla parece muy útil, porque establece tres obligaciones concretas, que eventualmente pueden ser vinculadas directa o indirectamente con la figura de las omisiones legislativas. De hecho, la Corte ha emitido órdenes con consecuencias normativas o legislativas, bajo cualquiera de las modalidades allí dispuestas, como son:

³³⁰ Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, No. 14, Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

1). Obligación de adoptar medidas positivas —casos emblemáticos serían los 4 fallos dictados en 2010 contra México, que ordenaban adoptar medidas relacionadas con el fuero militar—.

2). Obligación de evitar tomar iniciativas que limiten derechos —casos en que los Estados permiten explotación minera o de otra clase en territorios reservados o indígenas, ver caso Saramaka contra Surinam u otros de comunidades indígenas—.

3). Obligación de suprimir medidas y prácticas que restrinjan derechos —casos de supresión de leyes de amnistía, o de pena de muerte—.

4. Diálogo entre tribunales

Actualmente la doctrina ha desarrollado la corriente denominada “diálogo entre tribunales”, la cual consiste en que los tribunales de diferentes jerarquías y ámbitos nacionales e internacionales, entablan una relación o comunicación a través de los precedentes, jurisprudencias y/ o doctrinas, fundando sus sentencias al momento de resolver los asuntos que se les plantea. Esto debe entenderse como un lenguaje de los derechos que permite el diálogo entre tribunales entre sí, y su recíproco enriquecimiento, y asimismo con los ciudadanos que libremente asumen la condición de justiciables más allá de los espacios estatales³³¹. Fundamentalmente suele hablarse de diálogo cuando en el curso de una resolución podemos encontrar una reseña proveniente de un ordenamiento diferente.³³²

³³¹ GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en ...* Cit. en nota numero 328, Pág. 65. También del mismo autor “La muy discrecional doctrina del margen de” *Cit.* nota número 328

³³² VERGOTTINI, Giuseppe de, “El diálogo entre tribunales”, en *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos ...* *Cit.* en nota número 328, Pág. 482. De este mismo autor véase la monografía *Más allá del diálogo entre tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones*,

Igualmente el diálogo entre tribunales es habitual cuando lo que se hace es utilizar argumentos de Derecho comparado. Incluso en la propia justicia constitucional la “conversación” ahora no ya entre tribunales sino entre tribunal(es) y legislador es un elemento básico para su construcción³³³.

En América Latina esta corriente se le denomina diálogo judicial³³⁴ o dimensión trasnacional³³⁵; BUSTOS GISBERT considera que resulta indudable que el éxito del signifiante “diálogo judicial” se vincula a la intensificación de la interdependencia entre Estados y entidades internacionales como uno de los rasgos característicos de ese vaporoso e indefinible fenómeno conocido como globalización³³⁶.

Así en este epígrafe para ejemplificar el *diálogo entre tribunales*, describimos dos asuntos, los cuales solo son un botón de muestra en el *sistema europeo y americano*.

El ejemplo lo situamos en España, en la STC 184/2003, de 23 de octubre, **“insuficiencias en la regulación de los interlocutores escuchados por azar en una conversación telefónica”**. En esta resolución la doctrina de los Tribunales Internacionales en Derechos Humanos constituyó una pauta metodológica fundamental para la

prólogo de Javier García Roca; traducción de Pedro J. Tenorio Sánchez, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2010.

³³³ FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011, Pág. 99 a la 118

³³⁴ Véase in extenso *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos ... Cit. en nota número 328*

³³⁵ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría ... Cit. nota numero 14*, Pág. 88 y 116. La autora describe a este fenómeno como *Dimensión trasnacional de la inconstitucionalidad por omisión legislativa*, desde nuestra perspectiva quizá sería mejor denominarle *justicia trasnacional*.

³³⁶ BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos ... Cit. nota 328*, Pág. 173. También véase en extenso a BUSTOS GISBERT, Rafael, *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005

identificación de vacíos acaso indiscernibles desde la perspectiva estrictamente nacional. El Tribunal Constitucional termina por asumir la realidad de un vacío legislativo que los tribunales nacionales creían suplido con la jurisprudencia y que, de acuerdo con el Tribunal de Estrasburgo, había de repararse con la intervención del legislador: “Hemos reconocido las insuficiencias de que adolece la regulación contenida en el art. 579 LECrim a la luz de las exigencias del art. 18.3 CE, interpretado conforme al art. 8 CEDH y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguiendo el mandato del art. 10.2 de nuestra Constitución. Otras insuficiencias aparte [...], es obvio [...] que las previsiones del citado precepto legal no alcanzan a contemplar "el caso de los interlocutores escuchados 'por azar' en calidad de 'partícipes necesarios' de una conversación telefónica registrada por las autoridades en aplicación de sus disposiciones" (STEDH de 16 de febrero de 2000, caso *Amann c. Suiza*, § 61).

Los anteriores razonamientos ponen de manifiesto la existencia de una situación que no se ajusta a las exigencias de previsibilidad y certeza en el ámbito del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que reconoce el art. 18.3 CE [...]” (Fundamento jurídico 7)³³⁷.

En este asunto el diálogo que realiza el tribunal español, es vertical y descendente, es decir la doctrina base ha sido configurada por el TEDH para posteriormente bajar al Tribunal Constitucional de España.

En cuanto al *sistema americano*, tenemos como ejemplo el amparo en revisión 122/2014³³⁸, resuelta por la primera sala de la Suprema

³³⁷ CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Los Problemas de la omisión legislativa ... *Cít.* nota 208, Pág. 30.

³³⁸ Véase el considerando NOVENO. Estudio de los conceptos de violación partiendo de la base de que en el caso no se está en presencia de una omisión de carácter legislativo.

Corte de Justicia de la Nación de México. En ese contencioso, el punto de partida que adoptó la Corte en cuanto a que el trato igualitario constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley y que el principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, guardan congruencia con lo que ha dicho la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* en torno a esos derechos. En el que dicho tribunal internacional ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación³³⁹.

Si bien en este asunto los argumentos y estudio de la inconstitucionalidad por omisión legislativa se determinaron improcedentes, ello no fue obstáculo para declararlo procedente en cuanto al principio de igualdad y no discriminación. Vemos como la Corte mexicana dialoga a través de la Opinión Consultiva OC-4/84 resuelta por la Corte interamericana de Derechos humanos. También destaca nuevamente que el dialogo es vertical y descendente.

5. Sentencias Interpretativas

Entre los muchos problemas que plantea la relación entre Poder Legislativo y Tribunal Constitucional en los actuales sistemas occidentales de control de constitucionalidad, la existencia de omisiones

³³⁹ Opinión Consultiva OC-4/84, párrafo 55.

legislativas, y la necesidad de su control desde una perspectiva constitucional, son quizás los que presentan más dificultades para una solución satisfactoria³⁴⁰.

Cotidianamente, los tribunales constitucionales ejercen el control de las leyes en casos en donde los efectos meramente anulatorios de sus sentencias no resuelven la situación de incompatibilidad de una ley con la Constitución; lo que ha llevado a la adopción de diversas modalidades sentenciadoras, distintas a la simple declaratoria de invalidez. Esto es especialmente relevante tratándose de los casos de inconstitucionalidad por omisión, en los que la expulsión de la norma impugnada no es apta para el restablecimiento del orden constitucional. Precisamente porque la violación deriva de algo que la norma enjuiciada no prevé³⁴¹.

Entendemos que una de las soluciones en el Derecho Comparado, para las *omisiones*, es la *sentencia interpretativa*. Esta sentencia, en términos generales, debe entenderse como aquella que emite un pronunciamiento, no sobre el enunciado de la ley sino sobre una norma

³⁴⁰ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “El control de constitucionalidad de las ... *Cit.* nota número 61, Pág. 81

³⁴¹ Manifestación realizada en el voto concurrente que formularon los ministros Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Olga María SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, José Ramón COSSÍO DÍAZ y Guillermo I. ORTIZ MAYAGOITIA en la sentencia dictada por el Tribunal Pleno en la Controversia Constitucional 25/2008, promovida por el Poder Judicial del Estado de Jalisco. *Diario Oficial de la Federación*, de fecha 08/09/2010, consultable en (<http://goo.gl/yuaJGS>). Respecto a este voto concurrente, su origen, argumento y estructura se encuentra en el trabajo de DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “El control de constitucionalidad de las ... *Cit.* nota 61, Págs. 81-130 — también de este mismo autor véase *Las sentencias interpretativas del ... Cit.* nota 3—; cuyo trabajo también nos ha servido como base para estructurar este epígrafe referente a las sentencias interpretativas del presente capítulo. Con el voto concurrente nuevamente recalcamos que nuestra intención es evidenciar como la SCJN a través de diversos contenciosos constitucionales, especialmente con la sentencia de la Controversia Constitucional 25/2008, las omisiones son un tema abordado o estudiado por la Corte.; Puede verse también la monografía reciente en México, a FIGUEROA MEJÍA, Giovanni Azael, *Las sentencias constitucionales atípicas en el ... Cit.* nota 3.

que de él puede deducirse mediante el empleo de los métodos habituales de interpretación³⁴².

Otra definición de las *sentencias interpretativas*, las considera como aquellas recaídas en un procedimiento de inconstitucionalidad, cuyo fallo deja inalterado el texto de la disposición, declara explícita o implícitamente que al menos una de las normas, o parte de ella, que de él deriva conjunta o alternativamente, y no son acordes con la Constitución³⁴³.

La doctrina jurídica actual las clasifica, según se traten: decisiones parciales, interpretativas, adicionales, manipulativas, optativas, admonitorias, de principios ³⁴⁴, de recomendaciones al legislador, aditivas, manipulativas de declaración de la inconstitucionalidad parcial de una norma por vulneración del principio de igualdad, que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad, de postergación de los efectos, de incompatibilidad, que declaran que la ley "no es todavía inconstitucional", invitaciones y amonestaciones al legislador, declaraciones de inconstitucionalidad constatada pero no declarada, sentencias de "delegación", inconstitucionalidad parcial, apelaciones al legislador y concesión de plazos³⁴⁵, y un largo etcétera³⁴⁶.

Esta categorización depende de factores subjetivos y objetivos. Con relación a los primeros, prácticamente siguen la elección de los artífices de las mismas. Sobre los factores objetivos, se refieren a los

³⁴² RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del Poder ... Cit. en nota numero 3*, Pág. 516

³⁴³ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del ... Cit. en nota numero 3*, Pág. 68

³⁴⁴ PEGORARO, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2004. Pág. 116

³⁴⁵ Véase en extenso a DÍAZ REVORIO, Francisco Javier *Las sentencias interpretativas del ... Cit. en nota numero 3*, Pág. 68

³⁴⁶ Esta lista es ejemplificativa, no limitativa.

procedimientos seguidos por los Tribunales y, como es natural, lingüísticos³⁴⁷.

La experiencia comparada nos enseña que los Tribunales Constitucionales tienen que recurrir a las *sentencias interpretativas*³⁴⁸, para hacer frente a la problemática de las omisiones. Destacan como principales soluciones las siguientes sentencias³⁴⁹.

5.1. Aditivas

Las sentencias aditivas, junto a las recomendaciones al legislador parten de supuestos que se conectan con una omisión e incorporan un nuevo elemento a la norma, dado que ésta presenta un contenido menor del que constitucionalmente debería tener³⁵⁰. En concreto las sentencias aditivas hacen frente al tipo de omisión parcial que consiste

³⁴⁷ PEGORARO, Lucio, *Op. Cit.* Pág. 116

³⁴⁸ A estas técnicas algunos autores las clasifican como «sentencias intermedias», siguiendo criterios establecidos por parte de la doctrina, pueden dividirse en dos grupos cuyas características y problemas son bien diferentes: a) los remedios unilaterales, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal Constitucional, y entre los que se incluirían las sentencias interpretativas, y dentro de ellas las «manipulativas» (y más en particular, las aditivas); b) los remedios bilaterales, que suponen la necesidad de colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador (aunque en algunos supuestos puede darse también la participación de los tribunales ordinarios). En este grupo estarían las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las «sentencias de apelación», las que declaran que la ley «todavía no es inconstitucional», el retraso de los efectos de la sentencia para dar tiempo a la intervención del legislador, y también las llamadas «sentencias aditivas de principio» o las «sentencias delegación». E. AJA y M. GONZÁLEZ BEILFUSS: «Conclusiones generales», en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, Págs. 276 y Ss. Véase a DÍAZ REVORIO, Francisco Javier *Las sentencias interpretativas del ... Cit. en nota número 3*, Págs. 85 y 86.

³⁴⁹ Una excelente clasificación de las sentencias es elaborada por Díaz Revorio, además nuevamente dejamos constancia que nosotros retomamos su propuesta elaborada. Véase en extenso DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Op. Cit.*, Pág. 81-130

³⁵⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría ... Cit. nota 2*, Pág. 318

en una vulneración del principio de igualdad *por mor* de la inactividad del legislador³⁵¹.

El profesor italiano CRISAFULLI considera que las llamadas *sentenze additive* son aquellas que declaran la ilegitimidad constitucional por la falta de previsión de algo, que habría de estar previsto por la ley³⁵².

Se tratan de sentencias manipulativas que, sin incidir en el texto de una disposición legal, establecen la inconstitucionalidad de un precepto, produciendo el efecto de ampliar o extender su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos no contemplados expresamente en la disposición, o ampliando sus consecuencias jurídicas. Como veremos, la inconstitucionalidad recae en este caso en una norma no expresa, que excluye o impide la extensión de la norma; o bien —desde otro punto de vista, o en otros supuestos— dicha inconstitucionalidad no recaería sobre la disposición ni sobre la norma, sino sobre la omisión o la laguna legal.³⁵³

La omisión, en ocasiones, significa propiamente exclusión, y en tales casos la anulación de la parte de la disposición que no dice elimina un obstáculo a la aplicabilidad de la norma en ella contenida en la hipótesis implícitamente excluida. En otras ocasiones, la omisión es realmente una simple omisión, esto es, la carencia de una disciplina que, siempre a juicio de la Corte italiana, hubiera debido existir a fin de

³⁵¹ *Ibidem*, Pág. 235

³⁵² “*illegittimità costituzionale della omessa previsione di qualcosa, che avrebbe dovuto essere prevista dalla legge*”, CRISAFULLI, Vezio, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, vol. II (*L'ordinamento costituzionale italiano*), 5ª.ed., Padova, CEDAM, 1984, Pág. 403.

³⁵³ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del ...* Cít. nota 3, Pág. 146. Véase que la definición descrita se refiere al supuesto más frecuente de sentencia aditiva de estimación, que declara la inconstitucionalidad, pero (...) en ciertos casos, podría producir el mismo efecto extensivo con una sentencia interpretativa de desestimación.

que la norma, en su significado global, no entrara en contradicción con las normas constitucionales parámetro³⁵⁴.

En semejantes casos, sería siempre posible colmar la laguna por la vía de la interpretación, y aunque la Corte adopta a veces sentencias interpretativas de rechazo, con más frecuencia, las decisiones han sido de acogimiento para garantizar la seguridad jurídica³⁵⁵.

Veamos como resuelven el problema en algunos países con tradiciones jurisdiccionales similares:

a). Las sentencias aditivas han sido abordadas con distintas óptica, en Italia, encontramos que dada la estructura incidental del sistema de control constitucional, el mecanismo más común para hacer frente a las omisiones legislativas es el de las sentencias aditivas, que son aquellas en las que el fallo es parcialmente estimatorio, toda vez que se declara que el precepto es inconstitucional "en la parte en que..." o "en cuanto..." no prevé, no incluye, o excluye algo que constitucionalmente debería prever, por lo que a través del fallo se introducen normas en el ordenamiento para hacerlo compatible con la Constitución. Se incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo el cual se estima necesario para adecuarse a la Constitución³⁵⁶.

Con relación a estas sentencias, ZAGREBELSKY se ha manifestado en el sentido que "La corte constitucional interviene en estos casos declarando inconstitucional la disposición en la parte en que no prevé algo que tendría que prever. Lo que resulta constitucionalmente incorrecto, en estos casos, no es una previsión

³⁵⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de ... *Cit.* nota número 186, Pág. 22.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "El control de constitucionalidad de las ... *Cit.* nota 61, Págs. 101 y 102.

negativa contenida en la ley: la ley entonces no dice nada. Pero exactamente en este silencio queda su inconstitucionalidad. La decisión de inconstitucionalidad golpea en la omisión del legislador y a partir de esa declaración de inconstitucionalidad se razona como si la norma faltante empezara a existir”³⁵⁷.

Ante esta situación en la que, por un lado, no parece constitucionalmente adecuado declarar la nulidad de la disposición legal impugnada y, por otro, no resulta viable el recurso a las sentencias interpretativas, los tribunales constitucionales se han visto obligados a la creación de nuevos tipos de sentencias —o mejor, de dispositivos—, entre las que se encuentran las ya mencionadas sentencias aditivas³⁵⁸.

Empero, la adopción de las sentencias aditivas por parte del Tribunal Constitucional ha recibido fuertes críticas desde ciertos sectores doctrinales, e incluso jurisprudenciales, referidas fundamentalmente a la *función paralegislativa* que el Tribunal ejerce en estos supuestos³⁵⁹; e inclusive, llegando a calificar la función del juzgador de “paralegislador”, “función paralegislativa”³⁶⁰, o de “colegislador”³⁶¹.

³⁵⁷ “La Corte costituzionale interviene in questi casi dichiarando incostituzionale la disposizione nella parte in cui non prevede qualcosa che dovrebbe prevedere. Ciò che risulta costituzionalmente scorretto, in questi casi, non è una previsione negativa contenuta nella legge: La legge infatti tace. Ma proprio in questo silenzio sta la sua incostituzionalità. La decisione di incostituzionalità colpisce dunque una omissione del legislatore e da tale dichiarazione di incostituzionalità si regiona come se la norma mancante venisse ad esistenza”. ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, Pág. 298

³⁵⁸ VECINA CIFUENTES, Javier, “El control por el Tribunal Constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad”, *Derechos y libertades, Revista del Instituto Batolomé de las Casas*, año 1, núm. 2, 1993-1994, Pág. 489

³⁵⁹ VECINA CIFUENTES, Javier, *Op. Cit.* Pág. 490.

³⁶⁰ VECINA CIFUENTES, Javier, *Op. Cit.* Pág. 490. Véase especialmente los votos particulares formulados por los Magistrados Don Álvaro Rodríguez Bereijo y Don José Gabaldón López a la STC 222/1992, de 11 de diciembre.

³⁶¹ AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función ... *Cit.* nota número 47 Pág. 12 y 13. Véase también las soluciones de Italia sobre las omisiones reseñadas por ZAGREBELSKY y descritas en ese mismo ensayo, especialmente la Pág. 12.

b). En España, el Tribunal Constitucional, en la sentencia STC 53/1985, de 11 de abril, probablemente consciente de las críticas de que podía ser objeto su actitud, añade que “no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es (...) indicar las modificaciones que a su juicio —y sin excluir otras posibles— permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente”³⁶².

Sin duda, las sentencias aditivas ponen de manifiesto una cuestión relevante, la duda de legitimidad, en cuanto si las mismas exceden las funciones que constitucionalmente corresponden al Tribunal Constitucional, y como consecuencia de ello, sus implicaciones en la relación entre Tribunal y legislador. Por ende, la necesidad de un tratamiento separado de estas decisiones a efectos de estudiar si las mismas realizan una función legislativa o paralegislativa, que no correspondería al Tribunal Constitucional³⁶³.

La omisión legislativa en España constituye el fundamento de los reproches de inconstitucionalidad antes que su objeto. En la experiencia del Tribunal Constitucional español, el objeto de los reproches así fundados suelen ser actos de aplicación de normas legales a las que se imputa una infracción del principio de igualdad o la lesión de derechos fundamentales.

En el primer caso, por exclusión de sujetos o circunstancias que presentan identidad de razón con los sujetos o las circunstancias beneficiados por la atención del legislador; en el segundo, por omisión de la actividad legislativa necesaria para el ejercicio de un derecho fundamental.

Este tipo de invocaciones, además de sustanciarse en recursos de amparo, también suelen hacerlo en cuestiones de inconstitucionalidad

³⁶² Véase el fundamento jurídico 12.

³⁶³ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del ... Cit. nota 3*, Pág. 33

promovidas por Jueces y Tribunales ordinarios que han de aplicar leyes supuestamente lesivas, por omisión o defecto, del principio de igualdad.

No hay datos específicos acerca de la invocación de esta concreta variable del principio de igualdad en la ley, pero sí puede constatar que, con carácter general, el principio de igualdad es, tras el derecho a la tutela judicial efectiva y a las garantías procesales, el segundo más invocado en las demandas de amparo constitucional³⁶⁴. En el recurso directo, por su parte, la referencia a omisiones legislativas también se vincula habitualmente a impugnaciones basadas en la quiebra del principio de igualdad y no discriminación. Los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, por su lado, no resultan propicios para este tipo de planteamientos, dada su configuración como conflictos positivos, esto es, ideados para la preservación de las competencias propias frente a una intromisión ajena. Con todo, la técnica de las omisiones legislativas ha servido en un primer momento, y como ya se ha señalado³⁶⁵, para suplir la inactividad legislativa del Estado en la definición de las bases normativas que, en ciertas materias, constituyen el presupuesto necesario para el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias legislativas de desarrollo.

La variante negativa de los conflictos competenciales, mejor acomodada para la denuncia de omisiones legislativas indebidas, no está, al alcance de las Comunidades Autónomas³⁶⁶ y nunca se ha dado

³⁶⁴ CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Los Problemas de la omisión legislativa ... *Cit.* nota 208, Pág. 20, Véase especialmente la nota al pie de página, allí se destaca que en el año 2006, el derecho a la tutela judicial efectiva y a las garantías procesales fue invocado en un 89,22 por 100 de los recursos de amparo, en tanto que el principio de igualdad lo fue en un 17,14 por 100. Los datos correspondientes a 2005 fueron el 87,41 y el 16,66 por 100, respectivamente.

³⁶⁵ CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Op. Cit.* Pág. 20 y 21

³⁶⁶ *Ibidem.*

el caso de que el Gobierno central denuncie la inactividad legislativa de una Comunidad Autónoma.³⁶⁷

En el Tribunal Constitucional español, —hasta mil novecientos ochenta y nueve—, las sentencias aditivas fueron prácticamente el único mecanismo utilizado en los procesos de inconstitucionalidad para remediar omisiones legislativas³⁶⁸. Como ya se dijo, en estos casos la Corte no anula la disposición impugnada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional.

Sobre este aspecto, AHUMADA RUIZ considera que en las sentencias aditivas cabe distinguirse dos hipótesis:

1). La primera, en donde la omisión se entiende como «exclusión» y por tanto la adición lo que provoca es la «admisión». También las identifica en los supuestos de las «sentencias de inconstitucionalidad parcial cualitativa». Generalmente se refieren a aquellos casos en donde la omisión impide la aplicación de la norma a hipótesis que también debiera contemplar de conformidad con la Constitución. Un ejemplo de este tipo de sentencia aditiva, en donde la omisión comporta una exclusión inconstitucional podría encontrarse en las SSTC 103/83 de 22 de noviembre y 14/83 de 23 de noviembre que extienden el derecho a una pensión de viudedad a los varones³⁶⁹.

2). La segunda hipótesis corresponden a la simple omisión. El contraste con la Constitución deriva de la inexistencia de una regla de actuación. El Tribunal integra la laguna. Un ejemplo de ese supuesto se encuentra en la sentencia 67/1982, atinente a la «vía judicial procedente» previa al amparo en el ámbito de la jurisdicción laboral.

³⁶⁷ *Idem*.

³⁶⁸ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "El control de constitucionalidad de las ... *Cit.* nota 61, Pág. 113

³⁶⁹ Véase a AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, "El control de constitucionalidad de ... *Cit.* nota 2, Pág. 185

Una más, con la falta de regulación legal de la objeción de conciencia al servicio militar, en donde, *el Tribunal habría de señalar que la carencia legislativa vulneraba el dictado constitucional y, por tanto, que a la espera de la emanación de la ley sería conveniente dotar al derecho de objeción de conciencia de un contenido mínimo: el aplazamiento de la incorporación de los objetores al servicio militar hasta la publicación de la ley en cuestión*³⁷⁰.

Muchas otras sentencias del Tribunal Constitucional Español han sido consideradas *sentencias aditivas* —así señala FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR—, puesto que al encontrarse el Tribunal con restricciones que limitan el disfrute de algún derecho a colectivos determinados, sin encontrar justificación razonable a la discriminación de otros sectores, no procede anular la concesión del beneficio sino a expandirlo a los colectivos excluidos³⁷¹.

c). En Portugal *existe una vía específica para el control de las omisiones legislativas* ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, los problemas de este mecanismo tienen que ver con que no se aplica a las "omisiones relativas" y las sentencias que se pronuncian en esta vía no tienen efectos vinculantes para el legislador.

No obstante, en el sistema portugués también se han utilizado otras técnicas como las *sentencias interpretativas*, las de *inconstitucionalidad parcial y las aditivas*, mientras que no se han utilizado o no han sido tan frecuentes las decisiones de *mera inconstitucionalidad o las decisiones apelativas*³⁷².

³⁷⁰ *Ídem*

³⁷¹ Véase, por ejemplo, que la STC de 5 de mayo de 1982, de 21 de diciembre de 1982 o la del 15 de noviembre de 1983, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, "El Estado ... *Cit.* nota número 88, Pág. 174, este autor considera que las llamadas sentencias aditivas descansarían en *omisiones parciales* del legislador.

³⁷² DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "El control de constitucionalidad de las ... *Cit.* nota 61, Págs. 105 a la 108.

5.2. Que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad

Con relación a este tipo de sentencias, el Tribunal Constitucional español, en algunos casos, se limita a declarar la inconstitucionalidad de la norma y hace un llamado al legislador para que emita la regulación ordenada. Así, la *disociación del binomio inconstitucionalidad/nulidad* se presenta como el medio más adecuado para la sanción jurisdiccional de las omisiones legislativas inconstitucionales.

No obstante lo prescrito por el artículo 39.1 LOTC, el Tribunal Constitucional excepcionó por primera vez aquel binomio en la sentencia STC 45/1989, de 20 de febrero. En ese asunto el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el **tratamiento discriminatorio dispensado a los matrimonios, por contraste con las uniones de hecho, en el régimen de tributación personal**. Consideró que³⁷³ “[...] la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión.

Los preceptos declarados inconstitucionales formaban parte de un sistema legal cuya pleno reacomodo a la Constitución no puede alcanzarse mediante la sola anulación de aquellas reglas, pues la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el régimen del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La infracción del principio constitucional de igualdad no podría ser reparada, en este caso, mediante la pura y simple extensión a los

³⁷³ CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Los Problemas de la omisión legislativa ... *Cit.* nota 208, Pág. 35.

contribuyentes integrados en unidades familiares del régimen legal establecido para la tributación de quienes no lo están, pues, como es obvio, tal hipotética equiparación no sólo desconocería la legitimidad constitucional [...] que en principio tiene la sujeción conjunta al impuesto, sino que también habría de provocar, en el actual marco normativo, resultados irracionales e incompatibles, a su vez, con la igualdad, en la medida en que otras piezas del sistema legal (destacadamente, el sistema de deducciones) no han sido afectadas por el fallo de inconstitucionalidad y permanecen, por consiguiente, en vigor, una vez depurada la Ley de las disposiciones viciadas.

Resuelve el Tribunal Constitucional que es al legislador a quien le compete, a partir de esta sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa, que no puede ser ni desconocida ni sustituida por ese Tribunal Constitucional, al que en un proceso sólo le corresponde apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de los preceptos enjuiciados [...], cuya ilegitimidad constitucional, sea cual sea la fórmula utilizada (nulidad o simple inconstitucionalidad) hace jurídicamente imposible su aplicación al ejercicio de 1988, puesto que el impuesto a él correspondiente, aunque ya devengado, no puede ser liquidado y exigido de acuerdo con preceptos contrarios a la Constitución” (Fundamento jurídico 11).

Esa imposibilidad de aplicación *pro futuro* del régimen legal, sin embargo, no anulado forzó la reacción inmediata del poder legislativo, quien no tardó en promover una reforma conforme con la doctrina del Tribunal y capaz de aplicarse al ejercicio tributario inmediato³⁷⁴.

³⁷⁴ *Ibídem*, Pág. 36

5.3. De postergación de los efectos: inconstitucionalidad diferida o prospectiva

Para comprender este tipo de sentencias, resulta indispensable recurrir al Derecho comparado, de cuyas experiencias particulares pueden extraerse importantes conclusiones, por ejemplo:

a). En el Derecho constitucional austriaco no existe una vía para plantear la inconstitucionalidad por omisión, pero la regulación legal de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional permite hacer frente a los problemas de la omisión legislativa. En este sentido, la solución que se ha empleado es la postergación de la eficacia hasta por dieciocho meses de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, con el fin de dar tiempo al legislador de actuar antes de que opere la expulsión del orden jurídico de la norma deficiente³⁷⁵.

El derecho comunitario desplaza o complementa a las estrictas condiciones previstas en la Ley Constitucional federal para poder exigir una responsabilidad patrimonial del Estado, de modo que existe una acción por responsabilidad del Estado cuando el legislador ha violado el Derecho Comunitario. El Tribunal Constitucional reconoce esa responsabilidad estatal por <<ilícito legislativo³⁷⁶>>, y se señala así mismo como instancia ante la que podrá hacerse valer esta responsabilidad patrimonial contra el legislador. Para los demás supuestos, es la jurisdicción ordinaria donde se reclama la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos por una actuación del órgano ejecutivo —administración y Jurisdicción—³⁷⁷.

³⁷⁵ SCHÄFFER, H. (con la colaboración de T. HAAS) "Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador", en E. AJA (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, Págs. 1 y Ss. Especialmente véase a DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "El control de constitucionalidad de las ... *Cit.* nota 61, Págs. 87 a la 90.

³⁷⁶ El ilícito legislativo se produce por una acción u omisión del legislador.

³⁷⁷ GAMPER, Anna, "Austria" en *Justicia constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Cuadernos y

b). En España, el Tribunal ha arbitrado soluciones interesantes relacionadas con éstas sentencias, como la observada en la STC 195/1998, de 1 de octubre, en donde se pospone el efecto anulatorio hasta la promulgación de una nueva ley, bajo el siguiente argumento:

“[E]n tanto la Comunidad Autónoma no ejerza la competencia que en esta Sentencia le reconocemos, la inmediata nulidad de la Ley 6/1992 podría provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas. [...] Para evitar estas consecuencias, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 6/1992 no debe llevar aparejada la inmediata declaración de nulidad, cuyos efectos quedan diferidos al momento en el que la Comunidad Autónoma dicte la pertinente disposición en la que las Marismas de Santoña sean declaradas espacio natural protegido bajo alguna de las figuras previstas legalmente” (Fundamento jurídico 5).

Evidentemente, en estos casos el perjuicio de la inactividad sólo lo padece el legislador, destinatario competente de la resolución, de manera que el riesgo de la dilación —conjurado ya el del vacío— es difícil que llegue a materializarse³⁷⁸.

c). En Ecuador se contempla a este tipo de sentencias, ésta se encuentra reglamentada o incorporada a una ley, se visualiza en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³⁷⁹. Véase el inciso f, del punto 1.5., referente a los *efectos y cumplimiento de las sentencias*, de este capítulo.

5.4. De incompatibilidad

debates, Javier Tajadura y Josu de Miguel, Coords. (prólogo de Antonio Torres del Moral), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, no. 185, 2008, Págs. 129 y 130

³⁷⁸ CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Los Problemas de la omisión legislativa ... *Cít.* nota 208, Pág. 40

³⁷⁹ Véase el punto 1.6 efectos y cumplimientos de las sentencias, de este capítulo.

Veamos como se injertan las sentencias de incompatibilidad en algunos ordenamientos jurídicos desde la visión de cada Tribunal Constitucional, a saber:

a) El tribunal constitucional federal alemán. La solución más extendida en el Derecho constitucional alemán consiste en no anular la ley, sino sólo declarar que ésta es contraria o incompatible con la Constitución³⁸⁰. En este caso, los efectos de la sentencia consisten en imponer al legislador la obligación de suprimir la situación inconstitucional con auxilio de varios mecanismos:

1). Dando indicaciones sobre la aplicación o no aplicación de la ley en el período precedente a la entrada en vigor de la nueva disposición legislativa.

2). Fijando las alternativas o los principios que ha de seguir el legislador.

3). Estableciendo un plazo para la emisión de la nueva regulación. En este último caso, si se viola el plazo de aplicación lo normal es que la disposición no pueda aplicarse más y el tribunal determina la regulación transitoria, actuando de esta manera como un auténtico legislador.

Ahora bien, cuando en Alemania se ha declarado la inconstitucionalidad (incompatibilidad) de la disposición impugnada, pero no su nulidad;³⁸¹ estas declaraciones exigen la posterior actuación del legislador para subsanar esa inconstitucionalidad.

³⁸⁰ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "El control de constitucionalidad de las ... *Cit.* nota 61, Págs. 91 a la 95.

³⁸¹ SCHLAICH, Klaus, "El Tribunal Constitucional Federal Alemán, Procedimientos y técnicas de protección de los derechos fundamentales", en FAVOREU, Louis, AA. VV, *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, traducción de Luis Aguiar de Luque y M. G. Rubio de Casas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Pág. 198, en relación con este tipo de pronunciamientos ha dicho que las consecuencias jurídicas de la constatación de la simple inconstitucionalidad no son en general muy claras e incluso, en casos concretos,

Como ejemplos resueltos por el Tribunal Constitucional Federal alemán se pueden mencionar los supuestos en los que el legislador no tenía ninguna otra posibilidad reguladora tomando en cuenta la situación histórica (derecho transitorio); de igual forma, respecto de los vicios legislativos, cuando éstos no fueran evidentes; o bien, cuando la declaración de nulidad no sólo no satisface la pretensión del recurrente ni los intereses de los excluidos, sino que además causaría un grave perjuicio al colectivo beneficiado; así como cuando se quiere evitar una injerencia en el ámbito del legislativo.³⁸²

En estos supuestos no se acude a la mera inconstitucionalidad cuando la declaración de nulidad no puede eliminar el perjuicio que, precisamente, se trata de impedir; tampoco cuando se aprecia que una eventual sentencia, que declare la nulidad, puede crear un vacío legislativo que provoque un alejamiento todavía mayor de una situación de legitimidad constitucional sustancial³⁸³.

Los casos más emblemáticos de inconstitucionalidad sin nulidad se encuentran en situaciones que tratan de evitar el caos social y financiero, que se produciría si se dejase de aplicar la ley inconstitucional.³⁸⁴ En todos estos supuestos,³⁸⁵ el Tribunal alemán

conducen a incertidumbres, con frecuencia apenas soportables, en lo referente a la situación jurídica transitoria.

³⁸² WEBER, Albrecht, "Alemania", en AJA, Eliseo (edit.), *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1988, Págs. 78 y 79.

³⁸³ STUTH, Sabine, "Il Bundesverfassungsgericht e il profilo tecnico delle sue pronunce", en *Quaderni Costituzionali*, vol. IX, Núm. 2, agosto de 1989, Págs. 292-293.

³⁸⁴ LÓPEZ BOFILL, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004., Pág. 100

³⁸⁵ Sobre la valoración de las consecuencias que se originan con este tipo de pronunciamientos ROLLA, Giancarlo, y GROPPi, Tania, "Tra politica e giurisprudizione: Evoluzione e sviluppo della Giustizia costituzionale in Italia", en *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 2, Enero-Junio de 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, Pág. 169, han señalado que no se trata únicamente de las consecuencias que se producen en el ordenamientos, sino también de las consecuencias que tienen que ver con las relaciones que se dan con los otros poderes del Estado.

declara la norma “entre tanto” incompatible con la Constitución, pero no la nula, dejando los remedios para el legislador.

b). El Tribunal Constitucional español se ha esforzado en el ejercicio prudente de su responsabilidad institucional cuando la lógica anulatoria de su Ley rectora pueda producir para el ordenamiento efectos contraproducentes a la pervivencia de una norma inconstitucional. Así lo consideró en algunas controversias financieras o presupuestarias, de las que derivaron la **STC 45/1989**, antes citado, y muy claramente el de la **STC 13/1992, de 6 de febrero**, en la que se declaró la inconstitucionalidad de varias partidas presupuestarias³⁸⁶:

“La anulación de tales partidas presupuestarias podría suponer graves perjuicios y perturbaciones [...] a los intereses generales, afectando a situaciones jurídicas consolidadas, y particularmente a la política económica y financiera del Estado. Por otra parte, dichas partidas presupuestarias se refieren a ejercicios económicos ya cerrados y que han agotado sus efectos. Dadas las anteriores circunstancias y como ya se hiciera en la STC 75/1989, la pretensión de la Generalidad de Cataluña puede estimarse satisfecha mediante la declaración de inconstitucionalidad de aquellas partidas presupuestarias que han invadido sus competencias, sin necesidad de anular los citados preceptos presupuestarios ni menos todavía las subvenciones ya concedidas al amparo de los mismos. Por todo ello, el alcance de los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad acordada se limita a los futuros ejercicios presupuestarios posteriores a la fecha de publicación de esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”. (FJ 17).

No obstante, la combinación de esta técnica con la dilación del Tribunal en la resolución de los procesos que conoce —en algunos casos hasta diez años entre la iniciación del proceso y su finalización por sentencia— produce consecuencias muy perturbadoras para el modelo de control de constitucionalidad.

En primer lugar, porque la primera dificultad de la sentencia resolutoria es siempre la de precisar cuál es el verdadero objeto de su enjuiciamiento, dada la inevitable sucesión normativa experimentada en el ínterin por el ordenamiento y la muy probable derogación o

³⁸⁶ CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Los Problemas de la omisión legislativa ... *Cit.* nota número 208, Pág. 39

modificación de la norma recurrida, lo que exige con frecuencia verdaderos alardes de técnicas de Derecho transitorio para determinar el alcance que pueda tener un pronunciamiento anulatorio.

En segundo lugar, el hecho de que el legislador, particularmente el económico, pueda contar con la seguridad de que sus decisiones podrán ser declaradas inconstitucionales en el medio o largo plazo, pero no anuladas, puede generar una sensación de impunidad que termine por limitar la efectividad de la Constitución en el ámbito económico financiero. Por ello, es indeclinable que a la responsabilidad institucional que lleva al Tribunal al ejercicio de aquella fórmula se corresponda la de la mayoría de gobierno, que no ha de advertir en esa técnica lo que tiene de posible escapatoria, sino lo que hay en ella de censura³⁸⁷.

c). En México, este tipo de sentencias empiezan a plantearse por la SCJN, como muestra de ello tenemos el caso **“Constitución Política y Código de Elecciones y Participación Ciudadana ambos del Estado de Chiapas, VS Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales”**, —Acción de inconstitucionalidad 35/2014 y acumuladas 74/2014, 76/2014 y 83/2014, resuelta el 02 de octubre del 2014—.

Los recurrentes, en ese contencioso constitucional, hacen valer algunas argumentaciones sobre omisiones legislativas, pero la SCJN al resolver las declaró improcedentes, no obstante, resaltó en cuanto a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad o con efectos postergados, lo siguiente:

En el resolutivo séptimo, declaró la invalidez de los artículos 17, párrafo primero, primera parte, y 19, párrafo primero, de la Constitución Política del Estado de Chiapas; así como de los artículos 41 y 42 de la ley electoral impugnada, *todos estos con efectos a partir de*

³⁸⁷ *Ibídem*, Pág. 40

la culminación del proceso electoral de 2014-2015, conforme al considerando vigésimo noveno de esa sentencia³⁸⁸.

La SCJN toma como parámetro de interpretación que, al advertir “el inicio del proceso electoral en el Estado de Chiapas era inminente y que una modificación a la fecha de celebración de la jornada electoral constituiría una modificación fundamental que no podría realizarse por estar dentro del plazo de *veda constitucional*³⁸⁹ del artículo 105, fracción II, párrafo cuarto constitucional³⁹⁰.”

Finalmente, la Corte resuelve que “en el caso se advierte que la determinación de la fecha de la jornada electoral tiene implicaciones respecto de distintos actos que se van programando en función de la fecha de celebración de los comicios, lo que implicaría una afectación para toda la concatenación de actos técnicos y operativos muy complejos que implica el proceso electoral, de modo que *una declaratoria de invalidez con efectos inmediatos produciría un daño al principio de certeza que se estima inaceptable*”³⁹¹.

³⁸⁸ El considerando “vigésimo noveno” determinó que en cuanto a los efectos de la sentencia, decidía la invalidez de las porciones normativas declaradas inconstitucionales a lo largo de la ejecutoria misma que surtiría sus efectos con motivo de la notificación de los puntos resolutivos al Congreso del Estado de Chiapas, con excepción de la invalidez decretada respecto de los artículos 17, primer párrafo y 19, primer párrafo de la Constitución Política del Estado de Chiapas; y, 41 y 42 del Código de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas, la cual sus efectos serán una vez que culmine el proceso electoral de 2014-2015 en la entidad federativa.”

³⁸⁹ Considerando Décimo Primero, Página 123 de la Acción de Inconstitucionalidad 35/2014.

³⁹⁰ “**Artículo 105.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: (...) II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. (...) Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.”

³⁹¹ Considerando Décimo Primero, Página 123 y 124, de la Acción de Inconstitucionalidad 35/2014.

5.5. De delegación

Este tipo de sentencias tienen profusa presencia en la jurisdicción constitucional italiana. Con ellas, la Corte italiana ³⁹² declara la inconstitucionalidad, pero no establece directamente la nueva regulación, sino que delega este cometido en el legislador, al que en ocasiones se le señalan los principios constitucionales que ha de tener en cuenta³⁹³. En estos modelos prácticamente operan como un *mandato al legislador*.

Al respecto ZAGREBELSKY³⁹⁴, señala que la intervención del Tribunal Constitucional en la actividad legislativa se ha desenvuelto de dos formas distintas. De un lado, como verdadero legislador positivo, esto es, sustituyendo al órgano que constitucionalmente tiene asignada dicha competencia, participando directamente y *per se* en la función innovadora del ordenamiento; se trata del supuesto más llamativo y, por ello, excepcionalmente en manos del Tribunal. Pero junto a esta forma de participar el órgano de control de constitucionalidad en la función legislativa, existe una segunda modalidad menos «aparatososa»,

³⁹² También en Italia pueden encontrarse las sentencias a). *invitaciones y amonestaciones al legislador*. Estas sentencias son reconvenciones al legislador se dan con la finalidad de que intervenga regulando una materia y, en su caso, se acompañan con la amenaza de una eventual declaración de inconstitucionalidad en el futuro. b). *Las declaraciones de inconstitucionalidad constatada, pero no declarada*. En estos supuestos, la Corte de Italia, concluye el proceso con una decisión de falta de fundamento o de inadmisibilidad, pero afirma claramente que la normativa está en contraste con la Constitución, sin que proceda la declaración de inconstitucionalidad, al entender que con ello se excedería de los límites de sus funciones, invadiendo la esfera reservada a la discrecionalidad legislativa. ROMBOLI, Roberto, “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996, Pág. 70 y Ss. También véase a DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “El control de constitucionalidad de las ... *Cit.* nota 61, Pág. 103

³⁹³ ROMBOLI, Roberto, *Op. Cit.*, Págs. 74 y Ss.

³⁹⁴ ZAGREBELSKY, Gustav “La Corte Costituzionale e il legislatore”, en *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governó in Italia*, a cura di P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, S. E. II Mulino.

pero no por ello menos significativa; se trata de la actuación del Tribunal Constitucional como *colegislador*³⁹⁵.

5.6. Apelaciones al legislador y concesión de plazos

En cuanto a este tipo de sentencias, pueden distinguirse varios supuestos —según DÍAZ REVORIO³⁹⁶—, los cuales son extraídos de la experiencia española.

a) Los casos en que, tras señalar que el precepto impugnado es inconstitucional, no se procede a la declaración de nulidad sino que se realiza una llamada al legislador para que regule la materia, estableciendo un plazo para dicha regulación, que normalmente será un "plazo de tiempo razonable"³⁹⁷. Así sucedió en la STC 45/1989.

b) Los supuestos en los que la apelación al legislador se produce para que colme una laguna que acaba de crear el Tribunal con la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de un precepto o de algún inciso del mismo³⁹⁸. Como ejemplos se encuentran las sentencias STC

³⁹⁵ En palabras del profesor italiano citado, el complejo conjunto de acciones y reacciones colaborativas o conflictuales entre el Tribunal y el órgano legislativo en el que aquél es llamado a intervenir en la elaboración y fijación de la opción legislativa definitiva, configurándose así un procedimiento político legislativo, que va más allá del proceso legislativo parlamentario en sentido estricto. Este mismo autor, argumenta que, en esta segunda modalidad de incidencia del Tribunal en la función legislativa, dicho órgano no crea el derecho por sí mismo, pero sí que obliga a poner en marcha a los órganos legislativos y con frecuencia prefigura su opción. AGUIAR DE LUQUE, Luis, "El Tribunal Constitucional y la función... *Cit.* nota número 47, Pág. 12 y 13

³⁹⁶ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "El control de constitucionalidad de las ... *Cit.* nota 61, Pág. 121 a la 126

³⁹⁷ Una especie de subclasificación de este tipo de sentencias podrían ser las que declaran que la ley "no es todavía inconstitucional". Se encuentran como ejemplo en Alemania, en estas sentencias se reconoce la constitucionalidad, pero se dice que en el futuro la ley puede ser inconstitucional (en ocasiones se señala un plazo para la intervención legislativa). Estas sentencias no tienen efectos propiamente jurídicos sino políticos (pedir al legislador que dicte la regulación constitucionalmente ordenada). DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Op. Cit.* Págs. 95 y 96.

³⁹⁸ *Ibidem*, Pág. 122

36/1991, de 14 de febrero, FJ. 6, y STC 68/1996, de 18 de abril, FJ. 11³⁹⁹.

c) Los casos en los que el Tribunal declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, indicando que el legislador debe proceder de nuevo a regular el aspecto declarado inconstitucional, e incluso se permite aconsejar cuál podría ser el contenido de la nueva regulación⁴⁰⁰. Véase la sentencia sobre el aborto —STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento jurídico. 12—.

d) Los supuestos en los que las apelaciones o recomendaciones al legislador no son consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad, sino que, a pesar de entender que la ley es conforme a la Constitución, se considera que la regulación es susceptible de ser perfeccionada, o de ser aún más acorde con la carta magna⁴⁰¹. Como ejemplo se encuentra la sentencia STC 3/1983, de 25 de enero —véase el Fundamento jurídico 5⁴⁰²—.

³⁹⁹ La primera sentencia declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, reguladora del procedimiento aplicable en el ejercicio de la facultad de corrección o reforma, en la que el Tribunal, consciente de que creaba “una situación normativa oscura o incluso un vacío normativo que únicamente la actividad del legislador puede llenar de manera definitiva”, subrayaba que “la imperiosa necesidad de que las Cortes procedan a reformar la legislación tutelar de menores”. En la segunda sentencia, determinó inconstitucional el inciso del artículo 153 de la Ley General Presupuestaria que preveía que los criterios para la distribución territorial de determinadas subvenciones se fijarían o por los Ministerios «oídas las Comunidades Autónomas», al considerar que esta forma de participación es insuficiente, pero el Tribunal no podía «determinar, ni tan siquiera insinuar», cuál habría de ser la fórmula cooperativa adecuada.

⁴⁰⁰ Díaz Revorio destaca que es el ejemplo más representativo de esta actuación. En ella el Tribunal se pronuncia sobre la insuficiencia de las garantías previstas en el proyecto para la práctica del aborto en los supuestos despenalizados, e incluso “sugiere” cuáles podrían ser las garantías constitucionalmente adecuadas, al indicar, por ejemplo, que “el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos de aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional”. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “El control de constitucionalidad de las ... *Cit.* nota 61, Págs. 122 y 123

⁴⁰¹ *Ibidem*, Pág. 124

⁴⁰² Esta sentencia se pronunció sobre el art. 170 de la Ley de Procedimiento Laboral, que

e) Los casos en los que frente a una omisión absoluta del legislador, han acudido a la idea del "plazo razonable" para regular la cuestión, pero no para ofrecer este plazo al legislador, sino para señalar que el mismo ya ha concluido, y basarse en esta circunstancia para estimar un recurso de amparo, aplicando directamente el contenido que deriva de la Constitución⁴⁰³. Como ejemplo es la STC 216/1991, de 14 de noviembre, —Fundamento jurídico 5—, la cual versa sobre la imposibilidad de acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas.

Con base en la clasificación general antes descrita, puede observarse que la inconstitucionalidad por omisión presupone, para que sea declarada como tal, un juicio sobre el transcurso del tiempo que traduzca la mayor o menor gravedad de la omisión impugnada —en palabras de MODESTO ⁴⁰⁴—, a la vista de las peculiaridades y circunstancias de cada caso.

Empero, para AHUMADA RUIZ la fórmula empleada por el Tribunal Constitucional Español para declarar la inconstitucionalidad

imponía la obligación, sólo al empresario, de consignar el importe de la condena incrementado en un 20 por 100, como requisito del recurso de casación. El precepto sólo fue declarado inconstitucional por lo que se refiere al incremento del 20 por 100, pero el Tribunal indicó que «sería conveniente que el legislador, para superar la excesiva rigidez de la norma, reformara el artículo 170 y conexos, para que evitara la imposibilidad de recurso en supuestos de falta de medios o de simple falta de liquidez, a través, en este último supuesto, de medios conocidos y seguros empleados en la práctica económica—aval bancario, depósito de valores, etc.—...» (120), añadiendo que, entre tanto se produzca la reforma, los tribunales ordinarios y el propio Tribunal Constitucional habían de realizar una interpretación progresiva y casuística, de acuerdo con los derechos de tutela judicial efectiva y el principio de gratuidad de la justicia cuando se acredite la insuficiencia de recursos económicos (arts. 24 y 119 de la Constitución).

⁴⁰³ El Tribunal entiende que el artículo 14 de la Constitución “exige a los poderes públicos, enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección; de tal modo que, si bien no cabe, por lo general, medir *ex constitutione* la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificada en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan”. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “El control de constitucionalidad de las ... *Cit.* nota 61, Pág. 125

⁴⁰⁴ MODESTO, Paulo “Inconstitucionalidade por omissão ... *Cit. en nota número 119*, Pág. 121.

de la omisión, las técnicas empleadas en la toma de decisión son varias, a saber: 1. Las recomendaciones al legislador, hayan sido seguidas de un pronunciamiento de constitucionalidad o inconstitucionalidad. 2. La inconstitucionalidad parcial «cualitativa» introducida generalmente por la fórmula «en cuanto no prevé» o «en cuanto no incluye» y relacionada con la vulneración del principio de igualdad.³ 3. Las sentencias manipulativas en su vertiente «aditiva» o «constructiva» que suscitan la polémica por cuanto que se sitúan en el terreno movedizo de la decisión-normativa, creadora de derecho. 4. Un último tipo de sentencia de mera inconstitucionalidad» que, escudada en la imposibilidad de declarar nula una omisión, tendría unos dudosos efectos meramente declarativos⁴⁰⁵.

En definitiva, con diferentes matices y de distintas maneras, los tribunales constitucionales⁴⁰⁶ han recurrido a distintas soluciones, para dar una reparación a estos problemas, a veces sin un soporte legal claro, sino como una consecuencia de la necesidad de darle eficacia a los fallos en los que la inconstitucionalidad de una norma no deriva de su contenido, sino de lo que omitió prever⁴⁰⁷.

6. Derechos fundamentales, principio de igualdad y/o no discriminación

Como afirmamos al inicio del presente capítulo, en los modelos en donde la inconstitucionalidad por omisión es estudiada a través de un

⁴⁰⁵ Véase AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, “El control de constitucionalidad de ... *Cit.* nota 2, Pág. 180

⁴⁰⁶ Especialmente los tribunales europeos.

⁴⁰⁷ Voto concurrente que formularon los señores ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas, José Ramón Cossío Díaz y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia en la sentencia dictada por el Tribunal Pleno en la Controversia Constitucional 25/2008, promovida por el Poder Judicial del Estado de Jalisco, Pág. 4. Diario oficial de la federación 08/09/2010, <http://goo.gl/yuaJGS> (consultada el 01/01/2011)

control concreto de la constitucionalidad, generalmente los casos suelen razonarse como la lesión de un derecho fundamental o del principio de igualdad⁴⁰⁸, como un *derecho a la no discriminación*.

Bajo el principio de igualdad, al contrario de lo que normalmente sucede, la inconstitucionalidad del enunciado legal se produce en estos casos por el hecho de contener el mismo un razonamiento normativo menor de aquel que constitucionalmente debería tener⁴⁰⁹.

En este sentido, GUASTINI considera que "el principio de igualdad... casi podría llamarse una máquina para producir lagunas"⁴¹⁰. En cambio, para otros en este principio no hay, en propiedad, riesgo alguno de activismo legislativo por parte del Tribunal Constitucional, dado que la omisión discriminadora, en tanto que no recogida en la ley aplicada, será ella misma, además de infractora de aquel principio constitucional, infractora también de una ley perfecta o no defectuosa, a la que se habrá dado una aplicación deficiente o mutiladora⁴¹¹.

En principio como señala PIZZORUSSO, frente a dos situaciones de hecho tratadas diversamente por la ley, el Tribunal puede eliminar las discriminaciones que crea injustificadas o irracionales, bien declarando la inconstitucionalidad de la disposición que establece una ventaja a favor de un sujeto o de una categoría, bien declarando inconstitucional la disposición misma en la parte en la cual no extiende

⁴⁰⁸ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría ... Cit.* nota numero 14, Pág. 157

⁴⁰⁹ ZAGREBELSKY, Gustav, *La giustizia ... Cit. en nota numero 357*, Pág. 298

⁴¹⁰ Véase GUASTINI, Riccardo, "La Constitución como límite a la actividad legislativa", *Derechos y Libertades (Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas)*-Madrid: Universidad Carlos III de Madrid), no. 8, enero-junio, 2000, Pág. 248, GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Méjico, Fontamara, 2001, Pág. 54, GUASTINI, Ricardo. "La Constitución como límite a la legislación", en Carbonell, Miguel (Comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. Edición, México, Porrúa, 2002, Pág. 241.

⁴¹¹ CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, "Los Problemas de la omisión legislativa ... Cit. nota 208, Págs. 37 y 38.

la aplicación de la ventaja a otro sujeto o a otra categoría⁴¹².

La oposición con la Constitución no resulta, por tanto, de lo que el precepto dice, sino de lo que no dice⁴¹³, en estas sentencias el principio de igualdad se restablece incorporando al texto legislativo una norma que originariamente no contenía, a través de la cual se extiende también a los sujetos excluidos el beneficio o ventaja del que anteriormente carecían⁴¹⁴. La forma de dispositivo utilizada en estos casos se reconoce externamente por contener una declaración de inconstitucionalidad de la disposición impugnada en la parte en la cual no prevé aquello que debería prever, a través de una sentencia aditiva⁴¹⁵.

En general las omisiones parciales implican violación del principio de igualdad, siempre que supongan un tratamiento más favorable o desfavorable respecto de ciertas personas o categorías de personas, y no a todas las que, encontrándose en idéntica o semejante situación, debieran ser contempladas del mismo modo por la ley. Es entonces, cuando los tribunales declaran inconstitucionales las normas legales que contengan esas omisiones o que, eventualmente, extiendan o reduzcan su ámbito⁴¹⁶.

En líneas siguientes, expondremos un elenco de casos resueltos por diversos Tribunales Constitucionales, donde se han declarado procedente las omisiones legislativas, ya sea por vulnerar un derecho fundamental o por vulnerar el principio de igualdad. Este elenco no es

⁴¹² PIZZORUSSO, A. "Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, 1981, Págs. 290-291

⁴¹³ RUBIO LLÓRENTE, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho", en *REDC*, núm. 22, 1988, Pág. 36

⁴¹⁴ VECINA CIFUENTES, Javier, "El control por el Tribunal Constitucional ... *Cit.* nota numero 358, Pág. 490

⁴¹⁵ *Ídem*

⁴¹⁶ MIRANDA, Jorge, "La justicia constitucional en ... *Cit.* nota número 102, Pág. 346.

exhaustivo, sino solo un botón de muestra de esta tipo de sentencias. Con ello ponemos de relieve el razonamiento de los Tribunales de cada país.

6.1. Alemania

Hemos descrito en el capítulo I, que WESSEL fue el primer tratadista en estudiar a las omisiones legislativas, en 1952. Por consiguiente los principales ejemplos que existen sobre esta técnica corresponden al país germano.

1). Uno de los primeros casos documentados sobre este principio, lo encontramos en Alemania. El asunto **“igualdad entre hijos legítimos e ilegítimos”** toma como base el artículo 6.5 de la Ley fundamental, establece que la ley debe asegurar al hijo ilegítimo condiciones de desarrollo físico, espiritual y social, idénticas a aquellas otorgadas a los legítimos. Hasta la fecha de la resolución de ese caso, no se había efectuado la adecuación —desarrollado en la ley—, por lo que, al tratarse de un precepto constitucional preciso, se determinó que veinte años de retraso era una mora suficiente como para convertirse en inconstitucional.

De esta forma, era necesario resolver el caso concreto a través de la aplicación directa de la Norma suprema, así las autoridades administrativas y judiciales debían hacer lo posible para establecer la igualdad entre hija ilegítima de dieciocho años del caso y sus hermanos. Puesto que esto repercutía en el seguro social por orfandad y en la participación en la herencia. Así el artículo 1.712 del código Civil alemán se situaba al margen de la legalidad constitucional. Finalmente, se exhortó al legislador federal a llevar a cabo la reforma exigida por el artículo 6.5, antes de que finalizara esa legislatura —otoño 1969—.

Tal razonamiento propició el incumplimiento del artículo 117.1 de la Ley Fundamental al establecer que la adecuación de la legislación al *principio de igualdad* debía efectuarse antes del 21 de marzo de 1953, precepto que ya había sido objeto de consideración. El aviso dio resultado hasta el 19 de agosto de 1969, promulgándose la correspondiente ley, que entró en vigor el 01 de junio de 1970⁴¹⁷.

A manera de corolario, este caso fue importante para la elaboración de los ensayos “Inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en Alemania Occidental y México” y “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, de Walter FRISCHI PHILIPP, y Sergio TORRES EYRAS; y BIDART CAMPOS, publicados en 1970 y 1978 —respectivamente—. Ambos trabajos reflexionan sobre la *igualdad de hijos legítimos e ilegítimos*, pues ese asunto causó fuerte impacto en el pueblo germano, por qué constituyó un *ultimátum* para el legislador ordinario, y fue de gran trascendencia social⁴¹⁸.

2). Otro asunto relevante en Alemania trata de la **“igualdad entre hombres y mujeres”**, considerado como el primer litigio verdaderamente relevante en torno a la omisión legislativa. El fundamento se encuentra en la cláusula del artículo 117.1 GG, de conformidad con la cual, las disposiciones que se opusieran al artículo 3.º.2 de la propia *Grundgesetz* —principio de igualdad de derechos entre

⁴¹⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría ... Cit. nota 2*, Pág. 313 y 314. BIDART CAMPOS, Germán J., “La justicia constitucional y ... Cit. nota número 10, Pág. 12.; En este ejemplo pone de manifiesto cómo desde una base positiva ciertamente reducida se pueden conseguir a través de la verificación de la jurisprudencia, unos amplios y estimables resultados. Con razón indica la doctrina germana que la teoría de los derechos sociales debe atender no solo a la tutela jurídica en sentido material, sino también prestar una mayor atención al derecho procesal constitucional, con lo que quizás puedan verse atenuadas las escasamente útiles contraposiciones entre derecho subjetivo y norma programática o, con más rigor quizás, norma de asignación de fines al Estado. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de ... Cit. nota número 186, Pág. 9

⁴¹⁸ Estos ensayos han sido descritos en el Capítulo I de este trabajo.

hombres y mujeres: “*Männer und Frauen sind gleichberechtigt*”—podían permanecer en vigor hasta la adaptación a dicho precepto de la *Grundgesetz*, pero en ningún caso más allá del 31 de marzo de 1953. Se trata, pues, de *dar un margen de tiempo al legislador para que acomodase la legislación en vigor a ese principio de igualdad de género*.

Ante la omisión del legislador, transcurrido el plazo constitucionalmente preestablecido, el *BVerfG* declara la plena eficacia de la cláusula de igualdad del artículo 3.º.2, con la subsiguiente derogación de toda norma que la conculcase.

Será en los años 1957 y 1958 cuando el *BVerfG*, en sus decisiones de 20 de febrero de 1957 y 11 de junio de 1958, dictadas ambas en sendos recursos de queja constitucional aborde a esta temática⁴¹⁹. De esta manera, la jurisprudencia asumía la función de rellenar las lagunas y de convertir en plenamente operativa desde el punto de vista jurídico una norma que, hasta ese momento, se entendía que requería para su plena eficacia la *interpositio legislatoris*⁴²⁰.

6.2. España

En España, la doctrina⁴²¹ ha considerado plenamente viable la intervención del Tribunal cuando, por vía de amparo —o incluso por vía

⁴¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., “La justicia constitucional y ... *Cit.* nota número 10, Pág. 13, También véase a FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº. 22, 2º semestre, Madrid, UNED, 2008, Pág. 101.

⁴²⁰ PICARDI, Nicola, “Le sentenze integrative della Corte costituzionale”, en *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè Editore, Milano, 1977, Vol. 4.º, Págs. 597 y Ss.; en concreto, Pág. 616.

⁴²¹ Algunos consideran como casos paradigmáticos en los que se vulneran derechos fundamentales y/o el principio de igualdad, la STC 15/1982, del 23 de abril, sobre la objeción de conciencia y las diversas recaídas en 1994 sobre la televisión por cable. TAJADURA TEJADA, Javier, “La inconstitucionalidad por omisión y ... *Cit.* nota número 50, Pág. 312. También véase a VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por ... Cit.* nota 2, Pág. 260; *in extenso* véase también a GARCÍA ROCA, Javier, “Existe un derecho a crear

de cuestión—, se suscita una omisión del legislador que comporta una lesión de un Derecho Fundamental⁴²². Veamos los siguientes casos:

1). La STC 67/1998, de 18 de marzo **“discriminación de los hijos no matrimoniales”**. Este caso versó sobre la discriminación de los hijos no matrimoniales, que según concluye la sentencia era contrario *al derecho de igualdad*, destacando lo siguiente: “Como se declaró en la STC 74/1997, el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente entre proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero, una vez hecha esa elección, no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el artículo 14 de la Constitución” (fundamento jurídico 4).

Por este motivo, —recalca la sentencia—, puede decirse que, en cierto modo, el objeto de la demanda de amparo es fundamentalmente la omisión del legislador, ya que no es la regla expresamente contenida en el art. 487 bis del entonces vigente Código Penal la que, por sí misma y aisladamente considerada, pueda estimarse contraria al derecho de igualdad, sino su imperfección, *por no contemplar aquello que*, debiendo ser necesariamente incluido por el legislador, fue, sin embargo, omitido, ocasionando, con tal proceder, una discriminación por defecto, lesiva del *derecho fundamental a la igualdad del hijo* de la ahora recurrente en amparo” (Fundamento jurídico 5)⁴²³.

Televisión”, En *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, año 4, nº 10, septiembre-diciembre, 1996, Págs. 147-182

⁴²² SCHEUNER, “Staatszielbestimmungen”, en *Verfassung beitrage Zur Verfassungstheorie*, edit. M. Friedrich, Darmstadt, 1978

⁴²³ CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Los Problemas de la omisión legislativa ... *Cit.* nota 208, Págs. 21 y 22

Cabe aclarar que la **STC 80/1982, de 20 de diciembre de 1982**⁴²⁴, es la primera que aborda el estudio de **discriminación de los hijos ilegítimos**.

A la postre, el Tribunal Constitucional Español al resolver estos contenciosos sobre “hijos ilegítimos”, son similares al de su homólogo alemán. Incluso puede verse la *circulación* o *diálogo* de esta doctrina germana hacia el sistema español.

2). Otro caso interesante, es la sentencia STC 49/1999, de 5 de abril, **“las intervenciones telefónicas son constitucionalmente insuficientes”**. El Tribunal Constitucional argumenta que el régimen legal de autorización de las intervenciones telefónicas eran constitucionalmente insuficientes, pero también que, dadas las garantías adicionales dispensadas en el caso concreto por la autoridad judicial, podía darse el caso de que aquella insuficiencia no significara, además del incumplimiento de un mandato dirigido al legislador, la infracción autónoma y específica de *un derecho fundamental*.⁴²⁵

⁴²⁴ Véase el Fundamento jurídico 1, en el se razona de la manera siguiente: “Así, pues, como consecuencia de estos erróneos razonamientos las dos Sentencias impugnadas han aplicado, después de entrar en vigor la Constitución, el art. 137 del Código Civil en su redacción anterior, y como éste contenía un criterio discriminatorio por razón de nacimiento contrario a la igualdad en punto al régimen de las acciones de filiación, entre las pertenecientes a los hijos que pretendieran el reconocimiento de la filiación matrimonial o el de la extramatrimonial, tanto la Sentencia de apelación como la de casación contienen fallos contrarios al derecho de igualdad que perpetúan en el presente posconstitucional un trato discriminatorio nacido al amparo de la legislación preconstitucional, por todo lo cual deben ser anuladas por este Tribunal” —. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jerónimo Arozamena Sierra, Presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente y don Antonio Truyol Serra.

⁴²⁵ CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Los problemas de la omisión legislativa ... *Cit.* nota 208, Pág. 29. El fundamento jurídico 5, razona en el sentido que “[S]i, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas”.

3). La STC 103/1983, de 22 de noviembre, “**omisión en el concepto viudos**”, recae en las sentencias denominadas *adjuntivas* y reorientadoras del enunciado legal que permiten reparar la infracción constitucional causada por un silencio legislativo excluyente anulando la norma sólo parcialmente incluyente⁴²⁶.

La contienda deriva en que, anulando la referencia a las viudas como beneficiarias de determinada prestación pública, se propicio la inclusión a los viudos, indebidamente excluidos por omisión. Es evidente que la reparación de la discriminación causada por esa omisión podría igualmente alcanzarse con la supresión de la prestación establecida a favor de las viudas, y en cierto sentido esa posibilidad supone un reparo de principio a un riesgo cierto de activismo judicial, toda vez que debiera corresponder al legislador la decisión última sobre la suerte de una prestación sin duda establecida a partir de previsiones materiales o presupuestarias que pueden no compadecerse con las exigencias derivadas de la necesidad de incluir una nueva categoría de individuos en el círculo de beneficiarios. Por ello no faltan razones para defender que en estos supuestos parece más oportuna la simple declaración de inconstitucionalidad acompañada de un emplazamiento al legislador para que repare la omisión advertida⁴²⁷.

4). En las sentencias STC 222/1992, de 11 de diciembre, y 3/1993, de 14 de enero, “**principio de igualdad... recaídas ambas con ocasión del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad**”. El caso versó en que de la primera de estas sentencias, la duda de inconstitucionalidad recae sobre el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de diciembre de 1964, en la parte en que se atribuye al “cónyuge” del arrendatario fallecido —no,

⁴²⁶ Algunos consideran que esta sentencia es un claro ejemplo de una sentencia *aditiva*, véase especialmente a VECINA CIFUENTES, Javier, “El control por el Tribunal Constitucional ... *Cit.* nota 358, Pág. 490.

⁴²⁷ CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Los Problemas de la omisión legislativa ... *Cit.* nota 208, *Págs.* 34 y 35.

por tanto, al miembro supérstite de una unión de hecho— la facultad de subrogarse en el contrato de arrendamiento; en la segunda, la cuestión de inconstitucionalidad surge con relación al derogado artículo 162.2 de la Ley General de Seguridad Social, en la medida en que dicha disposición reconoce en exclusiva a las "hijas y hermanas", y por lo tanto, no atribuye a los hijos y hermanos del causante, el derecho al percibo de las llamadas prestaciones en favor de familiares.

A juicio del Alto Tribunal, la disposición cuestionada contiene en ambos casos un contenido normativo menor de aquel de debería tener desde la perspectiva constitucional (arts. 39.1, 47 y 41 de la CE); de ahí que su adecuación a la Constitución la realice mediante una doble y sucesiva operación, que por un lado es demolitoria o ablativa de la disposición legislativa en lo que esta tiene de norma excluyente y, por otro, reconstructiva, en cuanto aumenta el inicial contenido normativo de la disposición, introduciendo en la misma una norma positiva que sustituye a la originariamente negativa⁴²⁸.

5). El litigio **“inadecuado desarrollo en la televisión por cable”** se encuentra en la sentencia STC 31/1994, de 31 de enero. El Tribunal Constitucional aborda el inadecuado desarrollo de un *derecho fundamental*: *el derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación* —artículo 20.1.a) y d) CE—.

La argumentación sobre esta técnica empleada por el intérprete supremo de la Constitución se encuentra en los fundamentos jurídicos 6 y 7 —estos razonamientos se reproducen también en sus líneas esenciales en las sentencias 47/1994, de 16 de febrero; 98/1994, de 11 de abril; 240/1994, de 20 de julio, y 307/1994, de 15 de noviembre—, en la parte que importa: “Por lo que hace a la televisión por cable, la omisión del legislador en su desarrollo, plasmada en la ausencia de regulación legal del régimen concesional de esa modalidad de televisión,

⁴²⁸ VECINA CIFUENTES, Javier, *Op. Cit.* Págs. 490. Véase especialmente la nota al pie de página numero 12.

viene de hecho a impedir no ya la posibilidad de obtener la correspondiente concesión o autorización administrativa para su gestión indirecta, sino siquiera la de instar su solicitud, lo que comporta, dentro del contexto de la normativa aplicable, la prohibición pura y simple de la gestión por los particulares de la actividad de difusión televisiva de alcance total y transmitida mediante cable”⁴²⁹.

“Pero lo que no puede el legislador es diferir *sine die*, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el artículo 20.1.a) y d) de la Constitución española, pues la ausencia de regulación legal comporta, de hecho, como ha ocurrido en los supuestos que han dado lugar que los presentes recursos de amparo, no una regulación limitativa de derecho fundamental sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del artículo 20.1 de la Constitución española, en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable”⁴³⁰.

Sorprendentemente, **la STC 88/1995, en el caso de la televisión local de Alcalá de Guadaira**, presenta un razonamiento

⁴²⁹ El Tribunal Constitucional determinó que “El examen de esa omisión del legislador respecto a la televisión local por cable resulta posible y necesario para la resolución de los presentes recursos de amparo”.

⁴³⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Consideraciones en torno a la Jurisprudencia Constitucional de 1994 sobre la Televisión por cable en relación a la inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, no. 48, septiembre-diciembre, Madrid 1996, Págs. 231, 232 y 233. Véase también a GARCÍA ROCA, Javier, “Existe un derecho a crear ... Cit. en nota número 421, Págs. 147-182; PUENTE, Marcos, “Derechos Fundamentales y omisión legislativa: de nuevo sobre la televisión”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 84, octubre-diciembre, 1994, Págs. 629 – 651; SANTAOLALLA, Fernando, “Televisión por cable y control de omisiones del legislador (en torno a la STC 31/1994, de 31 de enero) epílogo sobre la televisión privada (STC 127/1994)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, (Mayo-Agosto), no. 41, Madrid, 1994, Págs. 173-185; JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid, Trotta, 1999. Págs. 59-61

diferente. Se trata de una confusa sentencia desestimatoria dictada por la mayoría de la Sala Primera, de la que existe un voto particular al que se adhirió un segundo magistrado. Y que a nuestro parecer, supone un paso atrás en la evolución de ese lento pulso jurisprudencial del tribunal con el legislador, encaminado a favorecer el ejercicio de los derechos en juego sin permitir posponer más su ejercicio; y, lo que es más preocupante a efectos de la interpretación constitucional, un elemento distorsionador a la hora de indagar la naturaleza del derecho en la jurisprudencia⁴³¹.

6). Un ejemplo más es la controversia **“tratamiento discriminatorio dispensado a los matrimonios, por contraste con las uniones de hecho, en el régimen de tributación personal”** —STC 45/1989, de 20 de febrero—.

En esta resolución, el tribunal constitucional razona en el sentido que: “La infracción del *principio constitucional de igualdad* no podría ser reparada, en este caso, mediante la pura y simple extensión a los contribuyentes integrados en unidades familiares del régimen legal establecido para la tributación de quienes no lo están, pues, como es obvio, tal hipotética equiparación no sólo desconocería la legitimidad constitucional [...]”.

Esta sentencia también puede clasificarse como las que *declaran la inconstitucionalidad sin nulidad*, o como un sentencia paradigmática en la *disociación del binomio inconstitucionalidad/nulidad*.

7). La STC 15/1982, de 23 de abril, contiene la controversia **“omisión en el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar”**. El asunto consistió en una demanda de amparo interpuesta por quien no podía ejercer ese derecho, al no haberse regulado legalmente el pertinente procedimiento correspondiente.

⁴³¹ Para mayo profundidad véase a GARCÍA ROCA, Javier, “Existe un derecho a crear... *Cit.* numero 421, Pág. 164.

El Tribunal Constitucional consideró “El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y *los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos* [...] y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos [...].

Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido, que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a filas, pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo [...] se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella” —Fundamento Jurídico 8—⁴³².

Al constatar la inexistencia de la regulación jurídica, el Tribunal tuvo que asegurar, a través de medidas adicionales, un contenido mínimo para el ejercicio de ese derecho: la suspensión provisional de la incorporación a filas en tanto no se estableciera el correspondiente procedimiento: “Para cumplir el mandato constitucional es preciso, por tanto, declarar que el objetor de conciencia tiene derecho a que su incorporación a filas se aplaze hasta que se configure el procedimiento que pueda conferir plena realización a su derecho de objetor [...].

⁴³² CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Los Problemas de la omisión legislativa ... *Cit.* nota 208, Págs. 27 y 28. Véase también a JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Op. Cit.* Págs. 59-61

No corresponde, sin embargo, a este Tribunal determinar la forma en que dicha suspensión o aplazamiento ha de concederse, por lo que no puede proceder, como pretende el recurrente [...], a la adopción de las medidas adecuadas para que el Ministerio de Defensa y sus órganos subordinados le concedan la prórroga de incorporación a filas de cuarta clase a).

[...] En consecuencia, este Tribunal estima que procede el otorgamiento del amparo demandado, sin que ello prejuzgue en absoluto la ulterior situación del recurrente, que vendrá determinada tan sólo por la legislación que, en cumplimiento del precepto constitucional, configure el derecho a la objeción de conciencia”. — Fundamentos jurídicos 8 y 9—⁴³³.

En este caso, hay una frontera muy tenue —escribe STRECK— entre la inconstitucionalidad por omisión parcial y la violación que el parcial cumplimiento de la Constitución provoca en el campo de la violación de los principios de igualdad, de proporcionalidad y de razonabilidad⁴³⁴.

⁴³³ CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Los Problemas de la omisión legislativa ... *Cit.* nota 208, Págs. 30 y 31. En relación a esta sentencia AGUIAR DE LUQUE manifiesta que finalmente, la (...) fórmula empleada por el Tribunal Constitucional Español, sin duda donde más claramente se ha puesto de manifiesto la intervención positiva de éste en la legislación, es en aquellos supuestos de inconstitucionalidad por omisión que afectan a Derechos fundamentales. Se trata concretamente de las sentencias en cadena sobre la objeción de conciencia que se inician con la sentencia 15/82, de 23 de abril. En tales supuestos el Tribunal estimó que en la medida en que el mandato al legislador se vinculaba a un Derecho fundamental de carácter subjetivo, este último no podía quedar totalmente negado en tanto no mediara la intervención del legislador. Como quedó dicho atrás, no se trata de que el mandato sea aquí más inmediatamente vinculante, sino de que, en la medida en que se trata de un derecho fundamental accionable ante el Tribunal Constitucional, se trata de un precepto que goza de aplicación directa, aunque sea con un contenido mínimo como indicara la precitada sentencia. Sin embargo, es lo cierto que a través de ello el Tribunal llevó a cabo una verdadera innovación jurídica introduciendo la objeción de conciencia como causa de suspensión provisional de la incorporación a filas, que anteriormente no existía en el ordenamiento, Véase a AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función ... *Cit.* nota número 47, Pág. 30

⁴³⁴ STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, (Uma Nova Crítica do Direito), 2ª edição revista, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, Pág. 794

6.3. Portugal

En Portugal los casos de omisiones parciales vulneradoras del principio de igualdad han despertado una atención especial. Así se ha planteado si una omisión de este tipo implica realmente una inconstitucionalidad por acción con base en la violación de dicho principio, llegándose a la conclusión de que suponen tanto una infracción de la Ley Fundamental por acción como por omisión⁴³⁵.

En el sistema luso encontramos el juicio “**asistencia material en el desempleo a los trabajadores de la Administración Pública, funcionarios y agentes**” —*Acórdao* 474/2002, de 19 de noviembre—. El Tribunal Constitucional considera que el artículo 59.1.e) contiene una concreta y específica imposición <<legiferante>> para cumplir con las exigencias de la omisión contraria a la Constitución. En el caso en cuestión se entiende que hay una omisión parcial por *violación del principio de igualdad*, ya que el legislador sólo contempló a una parte de los trabajadores en situación de desempleo involuntario en la regulación de su derecho a la asistencia material. De este modo, el legislador debería extender los beneficios a casos idénticos no contemplados, es decir, ampliar el régimen de desempleo a los trabajadores de la función pública, manteniéndose el beneficio de los trabajadores del régimen jurídico privado⁴³⁶.

6.4. Sudáfrica

⁴³⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La inconstitucionalidad (Portugal) ... *Cit.* nota número 246, Pág. 351

⁴³⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La figura de la inconstitucionalidad por omisión portuguesa ... *Cit.* nota número 235, Págs. 229 a la 262

En Sudáfrica, una decisión interesante de la Corte Constitucional fue la que pronunció el 2 de diciembre de 1999, en el caso promovido por **“National Coalition for Gays and Lesbians Equality y otros, contra el Ministro de Asuntos Interiores”**. Quienes demandaron, solicitaban la inconstitucionalidad del artículo 25 de una ley de 1991, modificada en 1996, que daba al «esposo» o «esposa» de un residente permanente en Sudáfrica el derecho a obtener automáticamente un permiso de residencia en el país. Los recurrentes estimaron que esta disposición era discriminatoria porque no alcanzaba a los extranjeros que mantenían una relación homosexual estable con un ciudadano sudafricano.

La Corte consideró que el vocablo «esposo (a)» no incluía las parejas homosexuales, y que por consiguiente el artículo impugnado les discriminaba injustificadamente, y vulneraba *su derecho de igualdad y su dignidad* consagrados por la Constitución. Pero lo interesante es que la Corte no se limitó a declarar la inconstitucionalidad del precepto mencionado, sino que decidió complementarlo incluyendo, después del término «esposo(a)», las palabras «o pareja del mismo sexo en una relación estable». Para asegurar la corrección de una inconstitucionalidad por omisión, el alto Tribunal sudafricano asumió el papel de «colegislador». Aparte de que la sentencia constituye la afirmación de un poder normativo del juez constitucional, se observa que este criterio es aceptable en cuanto reposa sobre una auto-limitación de la misma Corte, expresada en la sentencia⁴³⁷.

⁴³⁷ La Corte Constitucional de la República de Sudáfrica fue creada por la Constitución Provisional de 1993, promulgada como resultado de las negociaciones que culminaron en la eliminación del «*apartheid*» y la formación del gobierno de unidad nacional. La Constitución de 1996 ratificó el estatuto y funciones de la Corte, dándole la misión principal de proteger los derechos fundamentales, cuyo detalle ocupa el espacio mayor en su articulado. Esta preocupación se explica, como lo han dicho los propios magistrados de la Corte, en el largo pasado colonial del país y el sistema de *apartheid* que hicieron tabla rasa de los derechos de la mayoría de los sudafricanos. DERMIZAKY PEREDO, Pablo, “La inconstitucionalidad por omisión”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 6, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, Págs. 63-71, véase especialmente la Pág. 69.

6.5. Brasil

Uno caso paradigmático de vulneración del principio de igualdad en Brasil, lo encontramos en la acción de inconstitucionalidad por omisión que presentó el Partido los Trabajadores contra la *Medida Provisória* n.º 26, de mayo de 1991.

Esta medida incrementaba la *remuneración de los funcionarios militares, pero no la de los civiles*, violando con ello el art. 37. X de la Constitución. Para combatir tal transgresión de la Norma suprema el Partido Socialista Brasileño formalizó a su vez una acción directa de inconstitucionalidad por acción. El Supremo Tribunal Federal, frente a la solicitud del recurrente de que el Tribunal instara al Presidente de la República a que dictara otra *Medida Provisória* o, en su caso, a que enviara un proyecto de ley al Congreso, a fin de establecer la equiparación en la subida salarial de unos y otros funcionarios, esgrimió que le faltaban poderes para la extensión de la ley y que, a la vista del párrafo 2º del artículo 103, la declaración de la inconstitucionalidad por omisión había de ceñirse a comunicar tal inconstitucionalidad al órgano legislativo competente para que la supliera⁴³⁸.

6.6. México

La SCJN de México ya se ha pronunciado en diversos contenciosos constitucionales sobre el principio de igualdad y no discriminación. El asunto que describimos es representativo.

⁴³⁸ MACEDO NERY FERRARI, Regina Maria, *Normas constitucionais programáticas* (Normatividade, Operatividade e Efetividade), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, Págs. 245-246.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión 122/2014⁴³⁹, protegió a una pareja del mismo sexo del Estado de Baja California, al estimar inconstitucional e inconvencional, en su porción normativa correspondiente, los artículos mediante los cuales se les negó su solicitud de matrimonio.

Dentro de los diversos argumentos, se planteó una omisión legislativa, pero ésta no prosperó. La inconstitucionalidad e inconvencionalidad en cuestión se actualizó en los artículos 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, y 143 y 144 del Código Civil de dicha entidad federativa, en la parte que conciben al matrimonio como la unión de un hombre con una mujer, y vinculan su finalidad con la perpetuación de la especie, ya que mediante tal enunciación se excluye a las parejas del mismo sexo.

Bajo esta circunstancia, dos hombres presentaron su solicitud de matrimonio ante la Oficialía del Registro Civil del Ayuntamiento de Mexicali, misma que con fundamento en los artículos impugnados se consideró improcedente. Los Inconformes promovieron el Juicio de amparo Indirecto, el cual, fue concedido por el juez competente.

En contra de esta resolución, tanto los quejosos (al pretender mayores beneficios en la concesión del amparo) como diversas autoridades, interpusieron sendos Recursos de Revisión. Al respecto, la Primera Sala determinó la inconstitucionalidad referida, argumentando que la exclusión del matrimonio a las parejas del mismo sexo atenta contra la autodeterminación de las personas y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo y, además, de manera implícita genera una violación al principio de igualdad, porque da un trato diferenciado a parejas homoparentales respecto de las parejas heterosexuales.

⁴³⁹ A propuesta del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo

La autoridad jurisdiccional citada, argumentó también que la función reproductiva o perpetuación de la especie y, de ahí, la formación de una familia no es, de ninguna manera, la finalidad del matrimonio, en tanto cada persona determinará cómo desea hacerlo, como parte de su libre desarrollo de la personalidad, sea bajo la figura del matrimonio, heterosexual o no, o de otro tipo de uniones, como personas solteras, cualquiera que sea su preferencia sexual.

De esta manera, modificó la sentencia recurrida y concedió el amparo a los quejosos, para el efecto de declarar procedente su solicitud de matrimonio, teniendo en cuenta que son inconstitucionales las citadas porciones normativas y, por lo mismo, que éstas últimas no podrían aplicarse a los quejosos en el presente ni en el futuro.

En este asunto también es destacable el *diálogo* que existe entre la Corte mexicana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente de los casos descritos, e intentando extraer alguna reflexión, creemos que el mecanismo de la inconstitucionalidad por omisión legislativa no necesariamente pueda o deba ser el mas adecuado para combatir a la violación del principio de igualdad. Es decir, el principio de igualdad prospera por si solo en la argumentación de cualquier litigio.

7. Recapitulación

Uno. En Brasil, la omisión objeto de control no proviene tan sólo del poder legislativo, como acontece en el caso portugués, donde el artículo 283.1 del texto constitucional vigente se refiere a la omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas

constitucionales⁴⁴⁰, sino que puede provenir asimismo de cualquier órgano administrativo, lo que revela la notable amplitud del objeto de control de este instituto⁴⁴¹.

Dos. En el control de las omisiones legislativas, es evidente que la intervención jurisdiccional debe resultar menos “agresiva” desde la perspectiva de la separación de poderes por cuanto será siempre y sólo el propio legislador quien supla el vacío señalado por el Tribunal, limitado así éste a una función de mera coadyuvancia en el ejercicio de una normación *in fieri* sobre la que sólo dispone el poder legislativo —condicionado, si decide hacerlo, a legislar en los términos apuntados por el Tribunal, pero enteramente libre para desdecirse de su primera intención legisladora⁴⁴².

Tres. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español hasta 1987 —considera AGUIAR DE LUQUE⁴⁴³—, tres son las fórmulas que parecen decantarse: a). La primera forma de subvenir a la quiescencia del legislador⁴⁴⁴ había sido “a través de la atrevida fórmula de dar un contenido material a las *normas básicas*” —basada en la afirmación de NIETO⁴⁴⁵—. b). Una segunda fórmula, en aquellos supuestos que

⁴⁴⁰ En portugués “omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”.

⁴⁴¹ El párrafo 2º del art. 103 de la Constitución se inicia del siguiente modo: «Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional...»; más adelante, se alude a la necesidad de poner en conocimiento del «Poder competente» la inconstitucionalidad de su inacción, aludiéndose finalmente al efecto particular que derivaría del hecho de que la quiescencia provenga de un «órgão administrativo». FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El nuevo régimen jurídico de ... *Cit.* nota número 110, Pág. 141

⁴⁴² CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Los Problemas de la omisión legislativa ... *Cit.* nota número 208, Pág. 26

⁴⁴³ Véase a AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función ... *Cit.* nota número 47, Págs. 29 y 30.

⁴⁴⁴ *Ídem.* a que se refiere con reiteración el art. 149 de la Constitución, partir de la sentencia de 28 de julio de 1981, «evitando el peligro de que la pasividad del legislador del Estado bloquee la producción legislativa de la CCAA».

⁴⁴⁵ NIETO, A. “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, número 100/102, vol. I, Pág. 393

precedentemente ha denominado como inconstitucionalidad por omisión relativa, esto es, en conexión con el *principio de igualdad* ante la Ley, ha sido *ampliar la vigencia de una norma* a aquellos sectores de población inicialmente no previstos por el legislador⁴⁴⁶. c). La tercera fórmula, sin duda donde más claramente se ha puesto de manifiesto la intervención positiva del Tribunal Constitucional en la legislación, es en aquellos supuestos de inconstitucionalidad por omisión que afectan a otros *Derechos fundamentales*⁴⁴⁷. En el que destaca la multicitada sentencia sobre objeción de conciencia, 15/1982, de 23 de abril.

Cuatro. Por otro lado, TAJADURA considera que, en síntesis el órgano de justicia constitucional podría actuar de tres formas distintas, a través de la *sentencias interpretativas*: a). Una sería dictar la norma legal necesaria para dar plena efectividad al precepto constitucional, la vigencia de esa norma podría ser provisional y tocaría a su fin cuando el legislador actuase. b). Otra sería que el Tribunal Constitucional ordenara al legislador dictar la norma. c). Una tercera sería formular una recomendación al legislador en tal o cierto sentido⁴⁴⁸.

Este autor recalca que los investigadores que se han ocupado del tema, optan por la última opción. Porque tiene la ventaja de no perturbar el equilibrio entre los poderes. Además reitera que la solución puede parecer modesta, pero un pronunciamiento del Tribunal Constitucional recomendando al legislador actuar en un sentido, difícilmente podría no ser atendido sin un alto coste político⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ *Ídem*. Las dos Sentencias sobre el derecho a una pensión de viudedad por los varones (S. 103/83, de 22-XI y 14/83, de 23-XI) y el pago de horas extraordinarias a los ATS varones (S. 81/82, de 21-XII) son los supuestos más notorios de esta fórmula.

⁴⁴⁷ *Ídem*.

⁴⁴⁸ Igualmente hace hincapié que la “omisión inconstitucional posee una cierta dosis de relatividad, derivada, [...] de la indeterminación del factor temporal”. TAJADURA TEJADA, Javier, “Reflexiones en torno a ... *Cit.* nota número 132, Pág. 829

⁴⁴⁹ *Ídem*

Cinco. En otros supuestos, VECINA aprecia que, en el Derecho Comparado, muchas veces la solución debe buscarse en diversos tipos de sentencias, que dependiendo de las posibilidades que la normativa de cada país ofrezca. Recalca que pueden adoptar básicamente una de estas tres formas: 1. Sentencias de mera inconstitucionalidad, utilizadas por el Tribunal Constitucional alemán, y a partir de 1970 bajo la cobertura de su Ley reguladora (arts. 31.2 y 79 BVerfGG); 2. Sentencias de anulación diferida, a las que frecuentemente recurre el Tribunal Constitucional austríaco con fundamento en el artículo 140.5 de la Constitución; 3. "Sentencias desestimatorias con declaración de inconstitucionalidad", por las que finalmente ha optado la *Corte Costituzionale* italiana ante la imposibilidad de seguir los ejemplos alemán y austríaco sin una modificación previa del artículo 136 de la Constitución⁴⁵⁰.

Además destaca este autor, que el elemento común de todas ellas consiste en postergar las consecuencias de la anulación de la disposición inconstitucional, dando tiempo al legislador para adecuar la normativa contraria a la Constitución mediante la elección de una de las múltiples alternativas posibles⁴⁵¹.

Seis. Una de las primeras consecuencias de la labor del Tribunal Constitucional Federal alemán ha sido la formulación de un conjunto de importantes afirmaciones de principios —así considera CAPPELLETTI⁴⁵²—, por las que se aprecia que la jurisdicción constitucional de la libertad ha contribuido a eliminar el peligro, que en el ámbito de las disposiciones sobre derechos de libertad impone una

⁴⁵⁰ VECINA CIFUENTES, Javier, "El control por el Tribunal Constitucional ... *Cit.* nota número 358, Pág. 493

⁴⁵¹ *Ídem.* También puede verse el epígrafe referente a las sentencias interpretativas, capítulo III de este trabajo.

⁴⁵² CAPPELLETTI, Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà* (Primo studio sul ricorso costituzionale), Milán, Giuffrè Ed., 1955, Pág. 80

radical distinción entre las normas preceptivas y las normas meramente programáticas.

Siete. A final de cuentas, consideramos que en las sentencias interpretativas hay una actuación integradora, realizada a través de la típica función legislativa, acrecentando una nueva norma al ordenamiento jurídico, aunque esta pudiera estar —y frecuentemente se piensa que está— implícita en el texto constitucional. Esta capacidad creadora del Tribunal, es propia de su actividad de interpretación⁴⁵³, en donde resulta más trascendente⁴⁵⁴; entonces aquí, quizá valdría la pena recordar la *teoría de la función integradora* de Rudolf SMEND⁴⁵⁵.

⁴⁵³ REALE, Miguel, *O direito como experiencia*, Saraiva, São Paulo, 1968, Pág. 254-255.

⁴⁵⁴ Véase a VIVEIROS, Mauro, *El Control de Constitucionalidad: el sistema Brasileño ...* Cit. nota número 227, Pág. 328

⁴⁵⁵ LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar : La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987. Véase también a GARCÍA ROCA, Francisco Javier, "Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend: a propósito de un libro de Pablo Lucas Verdú", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 59, enero-marzo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988, Págs. 269-276.

CAPÍTULO IV LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA: EL SISTEMA FEDERAL DE MÉXICO

Introducción

En el presente capítulo pretendemos evidenciar que, aunque no existe una teoría general de la inconstitucionalidad por omisión legislativa en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación a abordado a este mecanismo con las *sentencias interpretativas*, a través de diversos contenciosos constitucionales⁴⁵⁶. Así en el estudio de casos analizaremos el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción abstracta de inconstitucionalidad⁴⁵⁷.

También en este capítulo —por tener relación con el objeto de estudio—, se describen las reformas constitucionales de México en materia de amparo y derechos humanos, ambas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 6 y 10 de junio del 2011, respectivamente. Adelantándonos sobre el contenido de estas reformas, el amparo podría ser una herramienta oportuna para combatir las *omisiones* que tratamos en este trabajo⁴⁵⁸.

Como dato reciente y ejemplo sobre las omisiones en México, en la reforma del juicio de amparo, el Congreso de la Unión no expidió la ley reglamentaria en los términos establecidos por los artículos transitorios, aún cuando existía el *mandato constitucional* para hacerlo el 4 de octubre del 2011, como fecha máxima. La promulgación de esas

⁴⁵⁶ Explicitando que algunos de estos casos son criterios jurisprudenciales.

⁴⁵⁷ (...) en México, lo significativo del caso es que a pesar de existir pronunciamientos jurisprudenciales y entramados institucionales que se refieren a la institución de la inconstitucionalidad por omisión, no existe todavía una teoría constitucional que explicita su significado. ASTUDILLO REYES, César, “La inconstitucionalidad por ... *Cit.* nota 19, Pág. 299

⁴⁵⁸ Aún con esta reforma, no podemos asegurar que el problema este resuelto, ya que falta por construir la teoría, así como crear o adecuar diversas leyes reglamentarias.

leyes ocurrió hasta el 2 de abril del 2013⁴⁵⁹, aquí se puede evidenciar que en esta reforma la *vacatio legis* o ausencia de leyes fue por 18 meses⁴⁶⁰.

1. La ausencia de una teoría general

Ya desde 1961, en el Congreso de Hidelberg, Alemania⁴⁶¹, en el trabajo la “Inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en Alemania Occidental y México”, elaborado por FRISCHI PHILIPP y TORRES EYRAS, se justificaba que la teoría y la práctica no se hubieran ocupado de las omisiones legislativas como fundamento eventualmente posible, para interponer una demanda constitucional. La razón consistía que en el pensamiento jurídico general de México, el principio constitucional de la división de poderes estaba arraigado de una forma más fuerte de lo que sucedía en Alemania occidental o en Austria⁴⁶².

Otro punto a destacar, tradicionalmente se habían considerado a los problemas derivados de la omisión legislativa inconstitucional como

⁴⁵⁹ Esta ley fue promulgada en el marco del “Pacto por México”, se signó en diciembre del 2012 por los principales partidos políticos, en el compromiso 80 se estableció “Se llevará a cabo una reforma integral a la ley de amparo para hacerla compatible con las recientes reformas constitucionales”.

⁴⁶⁰ Nosotros estimamos que existió una omisión legislativa sobre esa reforma, desafortunadamente no se instó a ningún órgano jurisdiccional para que se pronunciará sobre ella. Como un ejemplo más sobre omisiones en México, no hay que olvidar que el artículo sexto de nuestra *Carta Magna* establece el derecho a la información, derecho que se incorporó con la reforma constitucional de 1977, pero no fue sino hasta el año 2002 que se emitió la correspondiente Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, véase AMEZCUA ALCALA, Luis Edgardo, *Problemas constitucionales ... Cit.* nota número 40, Pág. 110

⁴⁶¹ Véase el Capítulo I de este trabajo.

⁴⁶² FRISCHI PHILIPP, Walter y TORRES EYRAS, Sergio, “Inconstitucionalidad de las omisiones ... *Cit.* nota número 4, Pág. 30

una cuestión política no justiciable, afortunadamente esto ha ido cambiando desde la segunda mitad del siglo pasado⁴⁶³.

En lo que interesa de esta técnica para nuestro trabajo, relatamos brevemente que en México, a raíz de la reforma de 1994, la SCJN se convirtió de algún modo, en un Tribunal Constitucional. Con estas nuevas facultades de la Corte, también se incorporaron a la Constitución Federal dos nuevos mecanismos de control de la constitucionalidad: las controversias de constitucionalidad y, las acciones de inconstitucionalidad.

Con estos dos nuevos controles de la constitucionalidad se han abordado a las omisiones legislativas mediante las *sentencias interpretativas*. Algunos autores consideran que en 1997, por primera vez, la SCJN conoció y resolvió sobre esta técnica, a través del caso **“Controversias constitucionales⁴⁶⁴. Procede impugnar en esta vía las que se susciten entre las entidades, poderes u órganos a que se refiere la ley reglamentaria respectiva, sobre la constitucionalidad de sus actos positivos, negativos y omisiones”⁴⁶⁵.**

⁴⁶³ BAEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por ...* Cit. nota numero 81, Pág. XIV

⁴⁶⁴ En España se le conoce como conflicto de competencias.

⁴⁶⁵ SPITALIER PEÑA, Alejandra Daniela, *Algunas consideraciones en torno a la inconstitucionalidad por omisión: La omisión legislativa en México*, Tesis de licenciatura, Escuela Libre de Derecho, México, D. F. 2006, Pág. 99; BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, Cit. en nota número 59, Pág. 828. Véase la Controversia constitucional 3/97. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. PROCEDE IMPUGNAR EN ESTA VÍA LAS QUE SE SUSCITEN ENTRE LAS ENTIDADES, PODERES U ÓRGANOS A QUE SE REFIERE LA LEY REGLAMENTARIA RESPECTIVA, SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE SUS ACTOS POSITIVOS, NEGATIVOS Y OMISIONES. Este asunto creó el criterio jurisprudencial en el sentido que de la lectura de los artículos 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10 y 21 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del citado precepto constitucional, se advirtió que corresponde conocer a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de las controversias constitucionales que se susciten entre las entidades, poderes u órganos que se precisan en la fracción I del artículo 105 constitucional y en el artículo 10 de su ley reglamentaria, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, sin que hagan distinción alguna sobre la naturaleza de los actos que pueden ser objeto de la acción, por lo que al referirse dichos dispositivos en forma genérica a "actos", debe entenderse que éstos pueden ser positivos, negativos y **omisiones**. Novena Época, Registro: 193445, Instancia: Pleno,

En cierta medida nosotros disentimos de dicha corriente académica, puesto que del análisis y lectura de la sentencia, no se aprecia concepto o argumentación alguna que se refiera a la *omisión legislativa*.

En efecto sobre las omisiones no hay claridad y homogeneidad en los criterios emitidos por la SCJN, pues por la ideología, la cultura jurídica, y la formación académica de los Ministros que integran la Corte existe discrepancia, conllevando a argumentaciones⁴⁶⁶ diversas respecto a ella. Incluso algunos magistrados constitucionales niegan o no aceptan la existencia, procedencia, o análisis de las omisiones; pese a lo cual como ya se ha mencionado, la Corte continúa resolviendo varios contenciosos constitucionales en donde abordan a este instituto.

Para apuntalar los comentarios anteriores, FERRER MAC-GREGOR, opina que en los últimos años la jurisprudencia de la Suprema Corte ha tenido ciertos avances sobre el tema que estudiamos, al haber realizado una tipología de las omisiones legislativas, ha declarado su procedencia en algunos casos aislados, especialmente vía controversia constitucional⁴⁶⁷.

Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Agosto de 1999, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 82/99, Página: 568. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el trece de julio del año en curso, aprobó, con el número 82/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve. **Controversia constitucional 3/97. Ayuntamiento Constitucional de Berriozábal, Estado de Chiapas. 18 de mayo de 1999.** Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz.

⁴⁶⁶ Esta interpretación restrictiva dista mucho del camino que están empleando los tribunales constitucionales del mundo. Y también resulta contradictoria con el dinamismo que en ocasiones emplea en otros casos la propia Suprema Corte, que ha llegado incluso en materia electoral, a la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a las declaradas inválidas, lo que implica en realidad una sentencia sustitutiva de amplio espectro. BAEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por ...* Cit. nota numero 81, Pág. XVI

⁴⁶⁷ Ídem

No pasamos por alto que las sentencias pronunciadas por un Tribunal Constitucional tienen una importancia y complejidad mayúscula, sobre todo, si tenemos en cuenta que dichas decisiones, además de realizar una labor interpretativa de los valores y principios constitucionales que determinan el contenido de las normas secundarias, también poseen una elevada trascendencia de carácter político⁴⁶⁸. Así la sentencia constitucional en palabras de GARRORENA, tiene una intensa carga política, porque es un acto de poder en dialéctica con los demás poderes del Estado⁴⁶⁹.

2. La necesidad de incorporar esta técnica a la Constitución Federal

En relación a la necesidad de incorporar esta técnica a la Constitución Federal en México, existe una corriente bastante difundida para que este mecanismo se adapte al artículo 105⁴⁷⁰. Esta corriente toma como base los modelos incorporados y previstos en diversas constituciones estatales de México ⁴⁷¹ —la *jurisdicción constitucional estatal* presenta muchas variables—. Sobresalen en esta corriente RANGEL HERNÁNDEZ ⁴⁷² , MONTOYA ZAMORA ⁴⁷³ , y ANG ⁴⁷⁴ ,

⁴⁶⁸ Véase a FIGUEROA MEJÍA, Giovanni Azael, *Las sentencias constitucionales atípicas en el ... Cit.* nota 3, Pág. XXVII

⁴⁶⁹ GARRORENA MORALES, Ángel, “La sentencia ... *Cit.* nota numero 258, Págs. 7 y 22.

⁴⁷⁰ Hasta ahora prácticamente no existen estudios que consideren que el estudio de las omisiones deba realizarse a través de las sentencias interpretativas.

⁴⁷¹ La corriente de la *jurisdicción constitucional estatal en México*, se estudiará en el capítulo V.

⁴⁷² RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa, Teoría ... Cit.* nota numero 14, Pág. 336, La autora matiza en el sentido de que esta determinación no implica la superioridad, ni la intromisión de un Poder del Estado respecto de otro, sino que equivale prácticamente a la reiteración del mandato constitucional que ha sido desatendido —Véase la nota al pie de página número 14, de esa misma página—.

⁴⁷³ MONTOYA ZAMORA, Raúl, “Acciones por omisión legislativa como ... *Cit.* nota 14, Págs. 306, 307, 308 y 109

principalmente. Nosotros consideramos que la mejor solución para la problemática de las omisiones es a través de las *sentencias interpretativas*.

Retomando la reforma en materia de amparo —publicada el 6 de junio del 2011—, se podría declarar la procedencia del estudio de las omisiones con este juicio, con ello no sería necesario crear una categoría denominada *inconstitucionalidad por omisión legislativa*.

Como una posible conclusión, en los tiempos actuales de México, desde nuestra perspectiva, en el sistema federal pueden encontrarse paralelamente dos posturas para el estudio de las omisiones; una a través de las *sentencias interpretativas* —casos resueltos en controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y algunos amparos—; y otra, con el nuevo juicio de amparo como un *control concreto* —a partir de la reforma de 6 de junio del 2011—.

3. Soluciones planteadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El objetivo de estos apartados se centra en analizar las resoluciones —*sentencias interpretativas*— de la SCJN, para evidenciar que en ésta técnica la Corte ya posee conceptos, argumentos, doctrinas y criterios jurisprudenciales. Los asuntos que analizaremos, han sido resueltos por medio de la controversia de constitucional, la acción de inconstitucionalidad y el juicio de amparo, en el periodo de 1997 hasta antes de la reforma de junio del 2011. La intención es fijar un límite a nuestro objeto de estudio, para que éste no sea atemporal.

Otro aspecto a destacar, consiste en que antes de entrar al análisis de casos, en cada mecanismo de control de la

⁴⁷⁴ ANG, Osbaldo Salvador, “Chihuahua y la inconstitucionalidad por ... Cit. en nota número 14, Pág. 81, 82 y Ss.

constitucionalidad, haremos una breve descripción de cada uno de ellos. Aclaremos que no es nuestra intención examinarlos a profundidad, pues no podríamos hacerlo en este trabajo, por no constituir la parte central del objeto de estudio.

Del análisis de casos, advertimos que la mayor parte de asuntos resueltos por la SCJN corresponden a la acción abstracta de inconstitucionalidad y controversia de constitucionalidad, y pocos al juicio de amparo —remitimos especialmente a la recapitulación de este capítulo—. Este último dato se debe al hecho que, en el amparo existe una limitante doctrinal para que procedan las omisiones, y es la célebre *fórmula Otero*.

Sin ánimos de retrasar más, procedemos a describir los tres mecanismo de control de la constitucionalidad mexicana.

3.1. Controversias constitucionales

En el sistema constitucional mexicano, la *controversia constitucional* es un mecanismo de control de la constitucionalidad previsto en la fracción I, del artículo 105, de la Constitución Política Federal de México⁴⁷⁵ —en España se le conoce como conflicto de

⁴⁷⁵ Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre: a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal; b) La Federación y un municipio; c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal; d) Un Estado y otro; e) Un Estado y el Distrito Federal; f) El Distrito Federal y un municipio; g) Dos municipios de diversos Estados; h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; j) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales. Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare

competencias—. Este mecanismo fue incorporado a la Constitución de México con la reforma del 31 de diciembre de 1994⁴⁷⁶.

De acuerdo a la fracción I del artículo 105, se puede conceptualizar como una denominación genérica que agrupa procesos jurisdiccionales con distintas características. Cabe hablar de tres categorías generales, independientemente de las modalidades concretas que pueden dar lugar las combinaciones entre los distintos supuestos de legitimación activa y pasiva: a) los conflictos entre distintos órdenes jurídicos o individuales; b) los conflictos entre órganos de distintos órdenes jurídicos por los mismos motivos y tipos de normas y, finalmente, c) los conflictos entre órganos del mismo orden jurídico con motivo de la constitucionalidad de sus normas generales o individuales⁴⁷⁷.

La sola relación de posibilidades lleva a establecer que están encaminadas, fundamentalmente, a la resolución de conflictos entre “órganos” u “órdenes”. Desde un punto de vista jurídico, lo propio de uno y otros es la atribución de facultades, competencias, obligaciones, derechos, o supuestos de responsabilidad y, partir de ahí, posibilidades de creación normativa más concretas, es decir, de participación en procesos de creación normativos a través de los cuales tales posibilidades den lugar a la creación de normas particularizadas o, en su caso, a *omisiones por falta de actualización normativa*⁴⁷⁸.

inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos. En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

⁴⁷⁶ Este mecanismo proviene de Alemania, para analizar y entender la circulación del modelo, véase a GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *EL Conflicto entre órganos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; también GARCÍA ROCA, Fco. Javier, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987

⁴⁷⁷ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La controversia ... Cit.* nota número 257, Pág. 119

⁴⁷⁸ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Op. Cit.*, Págs. 119 y 120

En España, desde un primer momento, la jurisprudencia constitucional hizo explícita la inescindible conexión entre el objeto inmediato del conflicto —la impugnación de un acto o disposición— y un elemento abstracto que sobrepasa el alcance del caso u objeto mediato: un aspecto de la distribución competencial. No cabe lo uno sin lo otro, como regla general. Los efectos de esta conexión en la marcha del proceso resultan ser profusos y permiten el empleo de técnicas como es la desaparición sobrevenida del objeto si no existe ya una disputa competencia⁴⁷⁹.

Si las controversias aluden a conflictos entre determinados órganos y normas en relación con el material normativo que les es propio, su función tiene que ver con la posibilidad de que la Suprema Corte asigne atribuciones a las partes en conflicto. El objeto directo de las controversias no puede ser otro que la asignación de un derecho, facultad, obligación, competencia o responsabilidad a un órgano u orden en relación con otros órganos u órdenes; indirectamente, sin embargo, su función puede consistir en asignación de bienes o recursos, la validación de procesos, el reconocimiento de órganos, la determinación de responsabilidades y un largo etcétera, pues en relación con el conflicto normativo pueden subyacer una amplia gama de posibilidades políticas, económicas, sociales o de cualquier otro tipo en que se puedan clasificar situación de hechos⁴⁸⁰.

Para CASTRO, las controversias constitucionales son procedimientos planteados en forma de juicio ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, accionables por la Federación, los Estados, el Distrito Federal o cuerpos de carácter municipal, y que tienen por objeto solicitar la invalidez de normas generales o de actos no

⁴⁷⁹ GARCÍA ROCA, Javier, *Los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas* (una aproximación desde la jurisprudencia constitucional), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Pág. 182

⁴⁸⁰ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Op. Cit.*, Pág. 120

legislativos de otros entes oficiales similares, alegándose que tales normas o actos no se ajustan a lo constitucionalmente ordenado; o bien reclamándose la resolución de diferencias contenciosas sobre límites de los estados; con el objeto que se decrete la legal vigencia o la invalidez de las normas o actos impugnados, o el arreglo de límites entre Estados que disienten; todo ello para preservar el sistema y la estructura de la Constitución Política⁴⁸¹.

En el caso español hasta 1993, el Tribunal Constitucional se había negado a incluir, en el cauce del conflicto positivo, supuestos de conflictos por omisión a instancias de las Comunidades Autónomas y frente a supuestos e indebidas omisiones del Estado que pretendidamente impedían el ejercicio de las competencias autonómicas; la decisión (STC 178/1990 y otras similares) —para GARCÍA ROCA— parecían procesalmente correcta, pues no existía un cauce expresamente previsto en la Ley para esas controversias aunque —como se razonaba antes— la motivación, junto a esta principal, subsidiariamente usada, relativa a que la omisión no es un acto sino un hecho, <<resulta más discutible>>, puesto que la propia Ley Orgánica prevé conflictos por omisión en su artículo 71; en suma, es ésta una opción en línea de principios posible para el legislador⁴⁸².

3.2. Acciones de inconstitucionalidad

⁴⁸¹ CASTRO, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, Ed. Porrúa, México, 1997, Pág. 61.

⁴⁸² GARCÍA ROCA, Javier, *Los conflictos de competencia entre el ... Cit.* nota 479, Págs. 180 y 181. Este autor resalta en la Pág. 180 que es “insólito y por descubrir el manejo del conflicto negativo a instancias del Gobierno frente a omisiones de una Comunidad Autónoma”.

Respecto a las *acciones de inconstitucionalidad*, en el sistema mexicano ⁴⁸³, éste también es un mecanismo de control de la constitucionalidad previsto en la fracción II, del artículo 105 de la Constitución Política Federal ⁴⁸⁴ —en España se le conoce como declaración de invalidez de normas—⁴⁸⁵. Igual que la controversia de

⁴⁸³ Véase a BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta ...* Cit. nota 16; FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ed., UNAM, México, 1998; CASTRO, Juventino V. *El artículo 105 constitucional*, 4ª ed., actualizada, Porrúa, México, 2001, Págs. 55-122

⁴⁸⁴ El artículo 105, establece que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión; b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano; c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano; d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea. f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro. g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo. Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales. Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

⁴⁸⁵ Para Juventino V. CASTRO, las acciones de inconstitucionalidad son procedimientos planteados en forma de juicio ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por órganos legislativos minoritarios, por los partidos políticos con registro federal o estadual, o por el Procurador General de la República, en los cuales se controvierte la posible contradicción entre una norma de carácter general o un tratado internacional, por una parte, y la Constitución,

constitucionalidad también se incorporó a la Constitución Federal en la reforma del 31 de diciembre de 1994.

En abstracto y al margen de su concreta regulación en un determinado ordenamiento, puede definirse —en palabras de BRAGE CAMAZANO—, como aquel mecanismo o instrumento procesal-constitucional por medio del cual determinadas personas, órganos o fracciones de órganos, cumpliendo los requisitos procesales legalmente establecidos (siempre que sean conformes con la Constitución), pueden plantear, de forma directa y principal, ante el órgano judicial de la constitucionalidad de que se trate, si una determinada norma jurídica (y especialmente, las leyes parlamentarias) es o no conforme con la Constitución, dando lugar normalmente, tras la oportuna tramitación procedimental con las debidas garantías, a una sentencia en la que dicho órgano de la constitucionalidad se pronuncia en abstracto y con efectos generales sobre si la norma impugnada es o no compatible con la norma fundamental y, en la hipótesis de que no lo fuere, declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de dicha norma, si bien existe la posibilidad de que el órgano de la constitucionalidad dicte alguna de las “sentencias intermedias” o modalidades atípicas de sentencias.

En el caso de que el control de constitucionalidad sea preventivo, lo que se somete a enjuiciamiento del órgano de la constitucionalidad es un proyecto de norma o el tratado internacional antes de ser firmado por el Estado y el efecto de su declaración de inconstitucionalidad es la imposibilidad jurídica de aprobar esa norma o ser parte en el tratado internacional, al menos sin hacer las oportunas reservas que eviten

por la otra, exigiéndose en el juicio la invalidación de la norma o del tratado impugnados, para hacer prevalecer los mandatos constitucionales; se plantea en una controversia que se instaura solo dentro de un juicio constitucional, para intentar invalidar una norma general —ley o tratado internacional—, por considerarla inconstitucional el accionante. Estas acciones dan vivencia a un *proceso centrado de anulación*. CASTRO, Juventino V. *El artículo 105 ...* Cit. nota 481, Págs. 119 y 120. Véase también *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?* Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2004, Págs. 19-24.

aplicar las disposiciones inconstitucionales —cuando ello fuere posible—⁴⁸⁶.

La SCJN ha reconocido que el control de constitucionalidad realizado a través de la acción de inconstitucionalidad no hace necesaria “la existencia de agravio alguno, en virtud de que dicho medio de control se promueve con el interés general de preservar, de modo directo y único, la supremacía constitucional, a fin de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación realice un análisis en abstracto de la constitucionalidad de la norma”⁴⁸⁷.

3.3. Juicio de amparo

El juicio de amparo, en el sistema mexicano, es un proceso constitucional autónomo que se inicia por la acción que ejercita cualquier persona llamada agraviado o quejoso ante los tribunales de la federación contra toda ley o acto de autoridad —acto reclamado—, en la hipótesis prevista en el artículo 103 constitucional por considerar que dicha ley o acto es violatoria de sus garantías individuales —actualmente se denomina “derechos humanos y sus garantías”—⁴⁸⁸. El

⁴⁸⁶ BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta ...* Cit. nota 16, Pág. 2, considera que en una primera aproximación, puede definirse como aquel mecanismo procesal-constitucional por virtud del cual determinadas personas, cumpliendo los requisitos procesales en cada caso establecidos, pueden plantear directamente una demanda ante el correspondiente órgano judicial de la constitucionalidad para que, previa la tramitación procesal que corresponda, éste determine en abstracto si una norma es o no compatible con el pertinente texto constitucional de que se trate y, en caso de no serlo, declare su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad, Cfr. BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “*La acción mexicana de inconstitucionalidad en el marco del derecho comparado. Regulación y posibles líneas de evolución*”, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, No.4, julio – diciembre, México, Pág. 25.

⁴⁸⁷ Sentencia de siete de agosto de dos mil uno, recaída en la acción de inconstitucionalidad 14/2001, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XIV, correspondiente al mes de septiembre de 2001, Pág. 823. En similares términos véase la Tesis P./J.20/2001, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XIII, correspondiente al mes de marzo de 2001, Pág. 448.

⁴⁸⁸ A partir de la reforma del 10 de junio de 2011, el capítulo de la Constitución referente a la garantías individuales se denomina “de los derechos humanos y sus garantías”.

objeto del juicio de amparo es que se declare la inconstitucionalidad de dicho acto o ley, invalidándose o nulificándose en relación con el agraviado y restituyendo a éste el goce de sus garantías individuales, si es que efectivamente hubieren sido violadas⁴⁸⁹.

La reforma de 6 junio del 2011 contempla el sentido que procede contra normas generales, actos u *omisiones* de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Otra definición del amparo consiste, que es un juicio o proceso que se inicia por la acción que ejercita cualquier gobernado ante los órganos jurisdiccionales federales contra todo acto de autoridad (*lato sensu*) que le causa un agravio en su esfera jurídica y que considere contrario a la Constitución, teniendo por objeto invalidar dicho acto o despojarlo de su eficacia por su inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso concreto que lo origine, teniendo una finalidad esencial dual, simultánea e inseparable, pues al proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad que infrinja la Constitución y, por ende, todo ordenamiento legal secundario, preserva concomitantemente el orden constitucional y el normativo no constitucional.

Puede ser considerada también como una institución jurídica de índole individual y social al mismo tiempo, es decir, de *orden privado* y

⁴⁸⁹ CHAVEZ CASTILLO, Raúl. *Diccionarios Jurídicos temáticos*, Vol. 7. Oxford University Press. México, año 1997, Pág. 30.; Otra definición es la que propone CASTRO, el amparo es un proceso concentrado de anulación —de naturaleza constitucional— promovido por vía de acción, reclamándose actos de autoridad, y que tiene como finalidad el proteger exclusivamente a los quejosos contra garantías expresamente reconocidas en la Constitución; contra los actos conculcatorios de dichas garantías; contra la inexacta y definitiva atribución de la ley al caso concreto; o contra las invasiones recíprocas de las soberanías ya federal, ya estatales, que agravién directamente a los quejosos, produciendo la sentencia que conceda la protección el efecto de restituir las cosas al estado que tenían antes de efectuarse la violación reclamada —si el acto es de carácter positivo—, o el de obligar a la autoridad a que respete la garantía violada, cumpliendo con lo que ella exige, —si es de carácter negativo—. Cfr. CASTRO, Juventino V. *Garantías y Amparo*. Ed. Porrúa, S.A. México, 1986, Pág. 229 y 300.

de *orden público y social*. De orden privado, porque tutela los derechos constitucionales del gobernado en particular; y de orden público y social, debido a que tiende a hacer efectivo el imperio de la Constitución y de la ley frente a cualquier órgano estatal, en cuya observancia palpita un indiscutible interés social, toda vez que sin el respeto de las disposiciones constitucionales y legales se destruiría el régimen de derecho dentro del que deben funcionar todas las autoridades del país⁴⁹⁰.

3.3.1. Principio “relatividad de las sentencias del Amparo”

Es importante explicar que en el amparo mexicano existe el principio denominado de *relatividad de los efectos de las sentencias* también conocido como *fórmula Otero*, consagrado en el artículo 107, fracción II, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este principio consiste en que las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una *declaración general de la ley* o el acto que la motivare⁴⁹¹.

A manera de abundamiento, este principio reproduce literalmente la fórmula creada por don *Mariano Otero* acerca de los efectos relativos de las resoluciones dictadas en los juicios de amparo, y consignada en

⁴⁹⁰ BURGOA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*. Ed. Porrúa, México, 2000, Págs. 171 y 173. Para NORIEGA, el amparo es un sistema de defensa de la Constitución y de las garantías individuales, de tipo jurisdiccional, por vía de acción, que se tramita en forma de juicio ante el Poder Judicial Federal y que tiene como materia leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales, (...) y que tiene como efectos la nulidad del acto reclamado y la reposición del quejoso en el goce de la garantía violada, con efectos retroactivos al momento de la violación. Cfr. NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de amparo*. Ed. Porrúa, México, 1975, Pág. 56.

⁴⁹¹ CHAVEZ CASTILLO, Raúl, *Op. Cit.*, Pág. 30

el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847: “La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare” ⁴⁹².

Creemos que la *fórmula Otero* no es una doctrina actualizada a los tiempos que actualmente corren en México, si tomamos en cuenta la actual reforma de derechos humanos del 2011. Ya que sin duda alguna, la sociedad mexicana demanda mayores garantías y controles frente al poder. Quizá por ello en México constantemente se empeñan en arbitrar y perfeccionar instrumentos de preservación de los derechos y de limitación al poder y como consecuencia de ello modificar la Constitución continuamente. También existe una corriente que ha procurado modificar el principio de relatividad de las sentencias en el juicio de amparo.

Dentro de esta corriente y cuyas intenciones han sido eliminar la *formula Otero*, por ejemplo destaca que, en la primera conclusión de la Comisión de Amparo de la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública —en la que concurrieron juristas y estudiosos de toda la República— quedó redactada de la siguiente forma: “en primer lugar en varios de los citados trabajos se propone ampliar los efectos de la sentencia de amparo que declare la inconstitucionalidad de una ley, de tal manera que pudiera llegarse al sistema de declaración general en virtud de que la llamada *fórmula Otero*, que fue de gran utilidad para la consolidación de nuestro juicio de amparo, *ya cumplió su misión histórica* y debe superarse para adaptar a nuestra máxima institución procesal a las circunstancias actuales, en las cuales se requiere tanto celeridad en la resolución de

⁴⁹² Véase a CASTRO, Juventino V., *Garantías ... Op. Cit. en nota numero 489*, Pág. 489 y Ss.

los problemas constitucionales como respecto al principio de la igualdad de los gobernados ante la ley”⁴⁹³.

El último intento para suprimir a la *formula Otero* fue a través de la *Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo*—la actual ley retoma casi en su totalidad las propuestas de la Comisión—, constituida por la Corte. El 17 de noviembre de 1999, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por conducto del Ministro Genaro David Góngora Pimentel, otrora Presidente de la Corte y del Consejo de la Judicatura Federal, invitó a toda la comunidad jurídica nacional a formular propuestas para la elaboración de un nuevo texto regulador del Juicio de Garantías —amparo—.

La Comisión constituida para tales efectos, convocó a participar, recibió, sistematizó discutió y ordenó las propuestas para, finalmente, redactar un proyecto de una Nueva Ley de Amparo. El proyecto fue producto de largas jornadas de trabajo por parte de los integrantes de la Comisión, de análisis profundos y discusiones técnicas sobre las mil cuatrocientas propuestas recibidas —afectaban prácticamente a la totalidad del ordenamiento anterior—.

Finalmente la Comisión redactó en el artículo 76 del proyecto de *la Nueva Ley de Amparo* —a la llamada *Fórmula Otero*— de la siguiente manera:

“Artículo 76.- Cuando el acto reclamado sea una norma general la sentencia deberá decidir si es constitucional; si puede considerarse conforme con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al aplicarse según una determinada interpretación, o si debe considerarse inconstitucional.

En el último supuesto se declarará la invalidez de la norma general impugnada y los efectos se extenderán a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada.”

⁴⁹³ Realizada en la Procuraduría General de la República en el año de 1983, en cumplimiento de las instrucciones por el Presidente de la República de México el coordinador de la comisión fue Héctor Fix-Zamudio. Véase también a CASTRO, Juventino V. “Todavía más sobre la Fórmula Otero” en *Revista de investigaciones jurídicas*. Escuela Libre de Derecho, año 12, No. 12, México, 1988, especialmente las Págs. 76 y 77

Con este anteproyecto se eliminaba por completo la *fórmula Otero*, y se daba efectos *erga omnes* a la declaración de invalidez de cualquier norma general⁴⁹⁴.

Así la SCJN ha reiterado en diversos criterios que para las omisiones absolutas o relativas no procede el amparo, pues los efectos de esas sentencias serían *erga omnes* y contravendrían al principio de relatividad de las sentencias —fórmula Otero—. Estas pautas también han sido repetidas en casos resueltos con la nueva Ley de Amparo, del 2013.

Así vemos como en diversas jurisprudencias la SCJN ha sostenido que respecto de la omisión del legislador ordinario de dar cumplimiento al mandato constitucional de expedir determinada ley o de reformarla existente en armonía con las disposiciones fundamentales, es improcedente el juicio de garantías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con lo establecido en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76⁴⁹⁵ de la citada legislación ordinaria.

Esto se traduce en el sentido que, en los casos de omisión, en una hipotética concesión de la protección federal al reportar algún beneficio al quejoso, no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, es decir, a legislar, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, pues la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que es una regla de carácter general, abstracta y permanente. Esta ley vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como responsables, sino a

⁴⁹⁴ RODRÍGUEZ CHANDOQUÍ, Pedro, *La derogación de la fórmula otero en el proyecto de la nueva ley de amparo*, Tesis de licenciatura, Estudios Superiores de Tuxtla, México, 2001, Págs. 71 - 73

⁴⁹⁵ Actualmente corresponde al párrafo segundo, del artículo 78, de la nueva Ley de Amparo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013.

todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, lo que es inconcuso, pues resultaría apartado del principio de relatividad enunciado⁴⁹⁶.

Actualmente la *fórmula Otero*, —desde nuestra perspectiva— ha tenido cierto matiz constitucional, en el sentido que operan los efectos *erga omnes* para alguna declaratoria de inconstitucionalidad de leyes. Puede interpretarse así, si vemos que la reforma del 6 de junio del 2011 establece “cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda

⁴⁹⁶ Jurisprudencia localizable con el número de Registro: 197222, Novena Época, Instancia: Pleno, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, VI, Diciembre de 1997, Materia(s): Común, Tesis: P. CLXVIII/97, Página: 180. LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL. Amparo en revisión 961/97. Alberto Santos de Hoyos. 21 de octubre de 1997. Véase también la jurisprudencia localizable con el número de Registro: 168633, Novena Época, Instancia: Pleno, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Octubre de 2008, Materia(s): Administrativa, Tesis: P./J. 134/2008, Página: 43. ISSSTE. LA LEY RELATIVA, AL NO REGULAR EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA PROPIEDAD DEL INSTITUTO, CONSTITUYE UNA OMISIÓN LEGISLATIVA QUE NO ES REPARABLE EN EL JUICIO DE AMPARO (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ABRIL DE 2007). De conformidad con el criterio sustentado por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis P. CLXVIII/97, de rubro: "LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL.", debe considerarse que aun cuando es cierto que la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, no prevé el arrendamiento de vivienda para los trabajadores, dado que en el rubro correspondiente sólo contempla préstamos hipotecarios y financiamiento en general para vivienda, en sus modalidades de adquisición en propiedad de terrenos o casas habitación, construcción, reparación, ampliación o mejoras de las mismas y para el pago de pasivos adquiridos por estos conceptos; ya que la única referencia que contiene la ley respecto a dicho arrendamiento se encuentra en el artículo cuadragésimo cuarto transitorio, para aquellas que a la fecha de entrada en vigor de la ley tenga en arrendamiento el Instituto, y donde se faculta a la Junta Directiva a expedir las normas que deberán aplicarse a dichas viviendas, lo que significa que la modalidad de arrendamiento habitacional, se limita exclusivamente a las que ya están en esa situación; también lo es, *que tal violación constituye una omisión legislativa que no puede repararse a través del amparo, puesto que a virtud de sus efectos no puede obligarse al legislador ordinario a colmar la falta de previsión en esta materia, dado que el efecto relativo de las sentencias de amparo lo impide.*

ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente”⁴⁹⁷.

Aquí vale la pena cuestionarnos ¿qué significado se le puede dar o como puede interpretarse “informar a la autoridad emisora”? ¿para qué efectos debe informársele a la autoridad emisora? o ¿podemos entender que informar a la autoridad emisora, es para el efecto que ésta derogue esa ley inconstitucional? En cuanto a estos cuestionamientos CERVANTES, considera que estamos en presencia de auténticas recomendaciones al legislador, por parte de la Corte⁴⁹⁸.

Otra situación es, cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria ⁴⁹⁹; pero en cuanto a esta declaratoria general de

⁴⁹⁷ Véase el segundo párrafo, fracción II, del artículo 107 de la Constitución de México, reforma del 6 de junio del 2011. El artículo 107. Establece que las controversias estipuladas en el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: La fracción II, contempla en su primer párrafo que “Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda”.

⁴⁹⁸ CERVANTES ANDRADE, Raúl "La Cultura de respeto de los Derechos Humanos", Conferencia y debate, 24 de septiembre de 2015, 17:00 horas, Sala de Juntas de la Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Parlamentario (UCM-Congreso de los Diputados) y el Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.

⁴⁹⁹ Véase el tercer párrafo, *Ibídem*.

inconstitucionalidad posee una excepción, y se trata de la materia tributaria⁵⁰⁰.

De este modo podemos aseverar que el principio de relatividad de las sentencias o *fórmula Otero* ha tenido una ligera variación o matiz, como hemos señalado, de acuerdo con la reforma del 6 de junio del 2011, en el que se pueden dar efectos *erga omnes* en algunos juicios de amparos indirectos en revisión, cuando se declaran la inconstitucionalidad de normas generales, siempre y cuando no se trate de materia tributaria.

Para nosotros surgen diversas interrogantes sobre la excepción en materia tributaria, por ejemplo ¿puede darse la violación de derechos humanos a través de leyes tributarias? ¿qué derechos humanos pueden violarse con las leyes tributarias? ¿cómo podría argumentarse esta violación? ¿qué mecanismo sería el idóneo para argumentar esta violación? En caso que las respuestas sean afirmativas, vemos que si podría darse el efecto *erga omnes* en las leyes declaradas inconstitucionales en materia tributaria. Además, si adminiculamos estos argumentos o interrogantes con la reforma en derechos humanos del 10 de junio del 2011, y con el principio *pro persona*, consideramos procedente este tipo de declaratorias de inconstitucionalidad.

3.3.2. Casos resueltos

Como hemos descrito en el capítulo anterior, la doctrina refiere a una rica tipología en las diversas denominaciones de las sentencias interpretativas, por ejemplo: “correctivas”, “manipulativas”, “aditivas”, “sustitutivas”, “legislativas”, “normativas”, etcétera, que si bien se pueden advertir diferencias, en la práctica pretenden ajustar la norma o ausencia de norma al texto constitucional, incluso “apelando”,

⁵⁰⁰ Véase el cuarto párrafo, *Ibidem*.

“exhortando” o “avisando” al legislador secundario sobre la omisión y estableciendo los lineamientos o directrices sobre su constitucionalidad⁵⁰¹.

Llegados a estos apartados, a continuación describiremos casos resueltos por la SCJN, en los que ha enjuiciado a las omisiones. Reiteramos que nuestra intención es evidenciar el tratamiento que se le ha dado a esta técnica, por conducto de las *sentencias interpretativas*. También sobresale la variedad de efectos, que la Corte, ha determinado en las sentencias de cada caso, aun así hemos intentado clasificarlos para tener una visión completa de la figura en estudio.

a). Sentencias de invitación al legislador sin concesión de plazos

En todos estos contenciosos la Corte determinó que existía una omisión por parte del legislador, y ordenó que en uso de sus facultades el Congreso debe subsanar la omisión sin conceder un plazo o término concreto.

1. El asunto **“Magistrada Presidenta del Poder Judicial de Tlaxcala V/S Congreso de Tlaxcala”** —Controversia Constitucional 4/2005—⁵⁰². Esta controversia constitucional generó jurisprudencia,

⁵⁰¹ BAEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por ...* Cít. nota numero 81, Pág. XV

⁵⁰² Jurisprudencia localizable con el número de registro: 175.996, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Febrero de 2006, Tesis: P./J. 14/2006, Página: 1250, CONGRESO DEL ESTADO DE TLAXCALA. EL INCUMPLIMIENTO DEL MANDATO CONSTITUCIONAL EXPRESO IMPUESTO POR EL PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL EN LOS ARTÍCULOS PRIMERO Y SEGUNDO TRANSITORIOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE A LOS ARTÍCULOS 17 Y 116, CONFIGURA UNA OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA. El artículo segundo transitorio del Decreto por el que se reforman, entre otros, los artículos 17 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de marzo de 1987, impuso a las Legislaturas de los Estados la obligación de adecuar sus Constituciones y leyes locales a las disposiciones establecidas en aquélla a más tardar el 18 de marzo de 1988. En ese sentido, el Congreso del Estado de Tlaxcala tenía la obligación de adecuar su Constitución y sus leyes locales a las mencionadas disposiciones; sin embargo, de la revisión tanto de la

fue interpuesta por la magistrada presidenta del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tlaxcala —en representación de ese Poder Judicial Estatal—, acudió al proceso constitucional federal con la finalidad de que se invalidara la convocatoria para elegir magistrados del propio Tribunal. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia analizó una cuestión que denominó “*precisión previa*”, consistente en una omisión legislativa inconstitucional. Dicha omisión radicó que el Congreso de Tlaxcala no había dado cumplimiento a la reforma de la Constitución Federal de marzo de 1987, en dicha reforma se modificaron, entre otros, los artículos 17 y 116 a fin de consolidar al Poder Judicial tanto federal como local.

La SCJN *determinó conminar al Congreso para que a la mayor brevedad posible diera cumplimiento al mandato constitucional* en referencia, y procediera a realizar las adecuaciones a la normativa estatal, adaptándolas a los principios establecidos en el artículo 116, fracción III, de la Constitución Federal⁵⁰³.

2. En el caso **“Regulación deficiente del principio de representación proporcional en la integración del Congreso Estatal de Tamaulipas”** —acción de inconstitucionalidad 21/2009—⁵⁰⁴. La Corte declaró en el resolutivo sexto, la invalidez de los artículos 24,

Constitución Local como de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la Ley Orgánica del Poder Legislativo y del Reglamento Interior del Congreso, todos del Estado de Tlaxcala, así como de las reformas que desde 1987 se han realizado a dichos ordenamientos, se advierte que el Congreso del Estado incumplió con el mandato referido, ya que al 18 de marzo de 1988, fecha límite para haberlo hecho, no había adecuado su normatividad a la Constitución Federal, por lo que *incurrió en una omisión legislativa de carácter absoluto en el desempeño de una facultad o competencia de ejercicio obligatorio, lo que generó una violación directa a la Constitución Federal que aún subsiste, ya que del análisis aludido se aprecia que el Congreso Local no ha subsanado dicha omisión.*

⁵⁰³ Véase RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, “El control de la omisiones legislativas en México ... *Cit.* nota número 123, Pág. 640. También a BAEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por ... Cit.* nota numero 81, Pág. 86

⁵⁰⁴ Ejecutoria publicada en el Diario Oficial de la Federación de 11 de diciembre de 2009, también localizable con número de registro: 21903, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXX, Diciembre de 2009, Página: 928

párrafo último y 321 del Código Electoral para el Estado de Tamaulipas, al considerar *existía una omisión legislativa relativa consistente en regular de manera deficiente las bases del principio de representación proporcional en la integración del Congreso Estatal*, al desatender el establecimiento de un límite a la sobrerrepresentación del partido dominante, y en regular de manera deficiente las sanciones aplicables a los sujetos de responsabilidad mencionados en el precepto 311, fracción V, de ese código, por las conductas previstas en el ordinal 315 del mismo ordenamiento.

En cuanto a los *efectos* de la sentencia, la Corte determinó que el órgano legislativo de esa entidad federativa *debería legislar a la brevedad posible antes de que iniciara el próximo proceso electoral del año 2010*⁵⁰⁵. En este caso también se generó jurisprudencia⁵⁰⁶.

Importante es resaltar también que en el considerando séptimo la SCJN hizo hincapié en que la declaratoria de invalidez decretada y la procedencia de las omisiones legislativas surtiría efectos a partir de la fecha en que se notificaran los puntos resolutivos de esa determinación al Congreso del Estado.

⁵⁰⁵ Por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Azuela Güitrón, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y presidente Ortiz Mayagoitia se aprobó la propuesta en cuanto a que era fundada la acción de inconstitucionalidad en contra de la omisión legislativa del Congreso del Estado de Tamaulipas; la señora Ministra Luna Ramos y el señor Ministro Franco González Salas votaron en contra de la omisión legislativa.

⁵⁰⁶ Jurisprudencia consultable con el número de Registro: 165022, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, Marzo de 2010, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 23/2010, Página: 2550, FINANCIAMIENTO PRIVADO. LA INTERPRETACIÓN CONFORME DE LA BASE CUARTA DEL ARTÍCULO 101 DEL CÓDIGO ELECTORAL PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS PERMITE CONCLUIR QUE SUJETA A TODAS LAS PERSONAS FÍSICAS, SIMPATIZANTES, MILITANTES, CANDIDATOS Y ORGANIZACIONES SOCIALES AL LÍMITE ANUAL DE 10% SEÑALADO POR SU FRACCIÓN III, INCISO A), POR LO QUE LA TOTALIDAD DE LAS APORTACIONES DE AQUÉLLOS NO PUEDE REBASAR ESE TOPE.

b). Sentencias de invitación al legislador con concesión de plazos

En estas sentencias la Corte precisa que existe una omisión legislativa por parte del legislador, y ordena al Congreso para que corrija la omisión, concediendo un plazo o término concreto.

1. En el litigio **“actualización de tablas de valores unitarios del suelo y construcciones: Municipio Centro de Tabasco V/S Congreso Tabasco”** —Controversia Constitucional 14/2005—.

El municipio Centro del Estado de Tabasco demandó al Congreso local entre otras cuestiones, la invalidez de la omisión de dictaminar y resolver respecto de la iniciativa de actualización a las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones.

La Corte estimó que esta cuestión configuraba una competencia de ejercicio obligatorio a cargo del órgano legislativo local, por derivar de un mandato expreso del constituyente reformador de la Constitución federal dirigido al legislador estatal.

Por ello el legislador estatal había incurrido en una omisión legislativa de carácter absoluto, debido a que no se acreditó que el Congreso local hubiese dictaminado la iniciativa señalada, por lo cual la Suprema Corte declaró fundado el concepto de invalidez respectivo.

En cuanto a los *efectos* de la sentencia, la Corte determinó que *el Congreso del Estado de Tabasco, dentro del segundo periodo de sesiones, debería pronunciarse de manera fundada, motivada, razonada, objetiva y congruente, respecto de la iniciativa de propuesta de la actualización a las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que servirían de base para el cobro de las contribuciones correspondientes presentadas por el municipio actor. Esta resolución suscitó interesantes debates en el seno del Pleno de la Corte.*

Finalmente se llegó a la determinación de asentar en el cuerpo de la ejecutoria⁵⁰⁷, en forma expresa y general, una clasificación de la omisión legislativa dependiendo de su clase y en relación con el tipo de competencia de la cual proviniese. Se resume de la siguiente manera⁵⁰⁸:

- a) *Omisiones absolutas en competencias de ejercicio obligatorio.*
- b) *Omisiones relativas en competencias de ejercicio obligatorio.*
- c) *Omisiones absolutas en competencias de ejercicio potestativo.*
- d) *Omisiones relativas en competencias de ejercicio potestativo.*

Esta sentencia es trascendental, porque aparte de realizar una clasificación de las omisiones, ha servido como base doctrinal para el dictado de las resoluciones de los tribunales constitucionales estatales, en los cuales el mecanismo de la *acción por omisión legislativa* se encuentra previsto en las constituciones locales, tal es el caso del Estado de Coahuila⁵⁰⁹ y Tlaxcala⁵¹⁰. Como hemos dicho con ésta sentencia y la jurisprudencia que se generó, han argumentado sus decisiones los tribunales en la corriente denominada *jurisdicción constitucional estatal*.

⁵⁰⁷ Sentencia localizable con número de Registro: 19191, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXII, Diciembre de 2005, Página: 2301.

⁵⁰⁸ Jurisprudencia localizable con número de Registro: 175.872, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Febrero de 2006, Tesis: P./J. 11/2006, Página: 1527, OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS. Controversia constitucional 14/2005. Municipio de Centro del Estado de Tabasco. 3 de octubre de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza. RANGEL HERNANDEZ, Laura, "El control de la omisiones legislativas en México ... *Cit.* nota número 123, Págs. 640 y 641

⁵⁰⁹ Véase el considerando quinto de la acción de inconstitucionalidad número AIL-001/2007, del Supremo Tribunal de Justicia de Coahuila, este asunto se resolvió de fondo como una *inconstitucionalidad por omisión legislativa*. Este caso será analizado más adelante.

⁵¹⁰ *Cfr.* El considerando sexto de la acción contra la omisión legislativa número 22/2010, del Supremo Tribunal de Justicia de Tlaxcala. Esta sentencia será analizada *a posteriori*.

2. En el contencioso⁵¹¹ **“Omisión de los congresos locales al no adecuar su legislación en materia municipal”**, —controversia constitucional 46/2002— fue promovido por el municipio de San Pedro Garza García del Estado de Nuevo León.

Este municipio demandó la omisión en la expedición de las disposiciones legales en materia municipal sobre las bases del procedimiento administrativo, incluyendo medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias (entre) la administración pública municipal y los particulares.

La SCJN dio la razón al municipio actor, determinando que, de la reforma a la Constitución estatal, publicada el once de mayo de dos mil uno, así como de las exposiciones de motivos y dictamen que le dieron origen, se desprendía que el Congreso local, a fin de adecuar la Constitución del Estado a las aludidas reformas del artículo 115 de la Constitución Federal, había efectuado diversas modificaciones a la Constitución Política local, con el objeto de adecuarla a las referidas reformas al artículo 115 de la Constitución Federal, pero que además debía realizar las adecuaciones pertinentes a las leyes secundarias municipales, a fin de desarrollar y dar plena eficacia, precisamente, a dichas reformas constitucionales.

⁵¹¹ Sentencia localizable con número de registro: 19346, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Febrero de 2006, Página: 1318, LA OMISIÓN DE LOS CONGRESOS LOCALES DE ADECUAR SU LEGISLACIÓN EN MATERIA MUNICIPAL CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DEL DECRETO QUE REFORMÓ EL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 23 DE DICIEMBRE DE 1999, CONTRAVIENE TANTO EL CITADO DISPOSITIVO TRANSITORIO COMO EL PROPIO PRECEPTO CONSTITUCIONAL Y TAMBIÉN CONFORME AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, LAS LEGISLATURAS LOCALES DEBEN ACATAR PLENAMENTE LOS MANDATOS DEL ÓRGANO REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DENTRO DEL PLAZO QUE ÉSTE FIJE PARA ELLO. Este asunto fue resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de siete votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Valls Hernández, Sánchez Cordero, Silva Meza y presidente Azuela Güitrón; la señora Ministra Luna Ramos y los señores Ministros Gudiño Pelayo y Ortiz Mayagoitia votaron en contra y por la improcedencia de la controversia constitucional, y reservaron su derecho de formular voto de minoría.

La Corte advirtió que en ese caso, indudablemente se estaba ante una infracción directa a lo dispuesto por el artículo segundo transitorio del decreto que reformó el artículo 115 de la Constitución, dado que, como se precisó, el Congreso estatal no acató el mandato constitucional de legislar dentro del plazo que estableció el propio órgano reformador de la Constitución, aún cuando estaba obligado. Al no hacerlo así, conculcó la supremacía constitucional, impidiendo la plena eficacia de la norma suprema.

En cuanto a los *efectos* de esa sentencia la SCJN determinó que, con la finalidad de salvaguardar el orden jurídico en la entidad federativa, el Congreso del Estado de Nuevo León, dentro del segundo periodo de sesiones, comprendida del treinta de marzo al treinta de junio de dos mil cinco, debería realizar las adecuaciones legales en materia municipal, ajustándose en su totalidad a lo dispuesto por el artículo 115 constitucional.

En relación a esta controversia constitucional algunos autores sostienen que es una omisión legislativa absoluta⁵¹² por parte del Congreso del Estado de Nuevo León. Por último, la SCJN en lugar de emitir una *sentencia aditiva* como medio inmediato para reparar la omisión detectada, decidió reparar la inconstitucionalidad advertida mediante una técnica decisoria mediata, es decir, conminó al citado Congreso para que dentro de un lapso de tiempo —que la misma Corte determinó—, realizara las adecuaciones legales correspondientes⁵¹³.

⁵¹² Véase a FIGUEROA MEJÍA, Giovanni Azael, *Las sentencias constitucionales atípicas en el ... Cit. nota 3*, Págs. XLIII y XLIV. También a MARTÍNEZ ESTRADA, Ricardo “*Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*”, en *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, coordinado por CORSO SOSA, Edgar, IJ-UNAM, 2009, Págs. 306 y Ss.

⁵¹³ Sobre esta clasificación disiento, porque en la Constitución local se hicieron adecuaciones respecto de la reforma federal, si bien de manera deficiente, de acuerdo a la reforma comentada; la omisión consistió en que sólo faltó adaptarlas a la legislación reglamentaria municipal. Ante ello consideramos que es una omisión relativa en ejercicio obligatorio.

3. En el asunto **“Servicios públicos municipales. Omisión legislativa del Congreso del Estado de Chihuahua”**⁵¹⁴, —Controversia Constitucional 80/2004— fue promovido por el Municipio de Juárez de ese Estado. En esta controversia, la omisión legislativa aducida consistió en la falta del procedimiento y condiciones para que los Municipios ejercieran y prestasen el servicio público — entre los que se encuentran el correspondiente al de agua potable y saneamiento, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales—, así como que tampoco establecía el procedimiento mediante el cual resolverían los conflictos que se presentasen entre los municipios y el Gobierno del Estado, de los actos derivados de la prestación de estos servicios.

La Corte determinó⁵¹⁵ que no se cumplía con el imperativo constitucional contenido en la reforma al artículo 115, publicada en el Diario Oficial de la Federación de veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, de legislar en materia municipal en lo relativo a los servicios públicos, lo cual se corroboraba con el contenido del artículo segundo transitorio, que establecía que la Legislatura del Estado debería expedir las leyes en materia municipal a que se refiere la fracción II del citado precepto constitucional.

También argumentó que existía una obligación constitucional de adecuar la legislación municipal dentro de un plazo determinado, derivado de un mandato expreso del Órgano Reformador de la Constitución, dirigido al legislador estatal, por lo que la contravención a

⁵¹⁴ Sentencia localizable con el número de registro: 19305, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Enero de 2006, Página: 2067. “SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES. LA OMISIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA RESPECTO DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN QUE EN LA MATERIA IMPONE EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DE LA REFORMA DE 1999 AL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, VULNERA TANTO AL CITADO DISPOSITIVO TRANSITORIO COMO EL PROPIO PRECEPTO CONSTITUCIONAL”. Véase en especial el resolutivo segundo, y el considerando octavo.

⁵¹⁵ Véase el considerando séptimo de esta sentencia.

la Constitución Federal existía desde el momento en que dichas adecuaciones no se realizaron dentro de ese plazo.

En cuanto a los *efectos* de la sentencia, con la finalidad de salvaguardar el orden jurídico en la entidad federativa, *la Corte determinó*⁵¹⁶ *que el Congreso del Estado de Chihuahua, dentro del plazo de un año*, contado desde la legal notificación de la ejecutoria, debía realizar las adecuaciones legales en materia municipal, ajustándose en su totalidad a lo dispuesto por el artículo 115 constitucional⁵¹⁷.

En este asunto el Congreso realizó reformas al artículo 138 de la Constitución estatal, en ellas únicamente se reiteraba la facultad que tienen los municipios para prestar los servicios públicos, (entre los que se encuentra el correspondiente al de agua potable y saneamiento, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales), también contempla la posibilidad de que el Gobierno Estatal continuase prestando esos servicios, sin establecer en forma clara los lineamientos para negar o acceder la transferencia a los Municipios de los servicios públicos.

Por último, es significativo resaltar que dentro de la argumentación para declarar la procedencia de esta omisión la Corte utiliza los términos “*plazo razonable*” y “*tiempo razonable*”.

4. El caso “**Magistrados del Tribunal de Jalisco Vs Ausencia de normas del haber por retiro**” —Controversia Constitucional

⁵¹⁶ Así lo resolvió el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de siete votos de los Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Góngora Pimentel, Valls Hernández, Sánchez Cordero, Silva Meza y presidente en funciones Díaz Romero; la Ministra Luna Ramos y el señor Ministro Ortiz Mayagoitia votaron en contra; y con la misma votación se determinó la existencia de la omisión legislativa correspondiente; la Ministra Luna Ramos reservó su derecho de formular voto particular. No asistieron los Ministros presidente Mariano Azuela Güitrón, por estar cumpliendo con una comisión de carácter oficial, y José de Jesús Gudiño Pelayo, por estar disfrutando de vacaciones.

⁵¹⁷ Véase FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. *Las sentencias constitucionales atípicas en el ... Cit.* nota 3, Pág. 309

25/2008—. En este asunto se generó jurisprudencia⁵¹⁸, la controversia fue interpuesta por varios Magistrados del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco, demandando la ausencia de normas que regulasen el haber por retiro contemplada en el artículo 61 de la Constitución estatal.

La Corte en el resolutivo sexto⁵¹⁹ declaró fundada la controversia constitucional en contra de la omisión legislativa del Congreso del Estado de Jalisco por la falta de regulación del haber de retiro, argumentado que ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ni alguna otra ley local fijaban las bases, mecanismos y periodicidad para el otorgamiento del haber, vulnerando de esta manera la Constitución

⁵¹⁸ Jurisprudencia, localizable con el número de registro 163090, Materia(s): Constitucional Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIII, Enero de 2011, Página: 2815, Tesis: P./J. 112/2010. MAGISTRADOS DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE JALISCO. LA AUSENCIA DE NORMAS QUE REGULEN EL HABER POR RETIRO, REFERIDO EN EL ARTÍCULO 61 DE LA CONSTITUCIÓN DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, ES CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Del penúltimo párrafo del artículo 61 de la Constitución Política del Estado de Jalisco, así como del numeral 9o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial local, se advierte que los Magistrados del Supremo Tribunal de Justicia tendrán derecho a un haber por retiro, no obstante, si bien es cierto que el referido artículo 61 establece que la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado fijará el haber a que tendrán derecho los Magistrados que se retiren forzosa o voluntariamente, también lo es que ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ni alguna otra ley local fijan las bases, mecanismo y periodicidad para su otorgamiento, lo que vulnera el artículo 116, fracción III, párrafo antepenúltimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto no se respeta la estabilidad en el cargo ni se asegura la independencia judicial, pues al término del plazo de 17 años, los Magistrados que culminen su encargo constitucional no tienen la certeza de cuál es ese haber por retiro ni del momento en el cual lo recibirán. Controversia constitucional 25/2008. Poder Judicial del Estado de Jalisco. 22 de abril de 2010. Mayoría de ocho votos; votaron en contra de la procedencia de la controversia constitucional contra omisiones legislativas: Margarita Beatriz Luna Ramos y José Fernando Franco González Salas. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Gustavo Ruiz Padilla.

⁵¹⁹ En relación con el punto resolutivo sexto, se aprobó por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea, Gudiño Pelayo, Aguilar Morales, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y presidente Ortiz Mayagoitia, en cuanto a *declarar fundada la omisión legislativa consistente en la falta de regulación del haber de retiro en términos de lo previsto en el artículo 61 de la Constitución Política de la entidad y, por ende, el órgano legislativo de esa entidad federativa debería legislar en el siguiente periodo ordinario de sesiones para corregir la deficiencia apuntada*; los señores Ministros Luna Ramos y Franco González Salas votaron en contra, así también por la no procedencia de la controversia constitucional en contra de omisiones legislativas.

Federal. Afirmando también, que ante esta omisión, no se respetaba la estabilidad del cargo ni se aseguraba la independencia judicial, pues al término del plazo de 17 años, los Magistrados que culminasen su encargo constitucional no tenían la certeza de cuál era ese haber por retiro ni del momento en el cual lo recibirían.

En cuanto a los *efectos* de la sentencia la Corte determinó, que el órgano legislativo de esa entidad federativa debía legislar en el siguiente periodo ordinario de sesiones para corregir la deficiencia apuntada⁵²⁰.

5. En el litigio **“Magistrados del Tribunal de Jalisco VS Omisión en la regulación del retiro voluntario”**,⁵²¹ —controversia constitucional 49/2008—. Fue interpuesta por Magistrados integrantes del Poder Judicial de ese Estado, en el que demandaron entre otras cosas la falta de regulación del retiro voluntario.

La Corte en el resolutivo octavo⁵²² declaró fundada la controversia constitucional en contra de la omisión legislativa, argumentando⁵²³ que

⁵²⁰ Resaltamos que en relación a esta controversia, los Ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea, Sánchez Cordero de García Villegas y Ortiz Mayagoitia votaron en el sentido que sí procedía dictar una resolución de condena y formularon voto de minoría; **en ese voto se encuentra un breve recuento de las sentencias atípicas en el derecho comparado** —un sector de la doctrina mexicana las considera “atípicas”, nosotros creemos más apropiado utilizar el término “interpretativas”— **y se analizan las facultades que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene en su carácter de Tribunal Constitucional para fijar en sus sentencias efectos más allá de la nulidad o invalidez de normas**. Véase el Diario oficial de la federación 08/09/2010, Voto concurrente que formularon los señores ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas, José Ramón Cossío Díaz y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia en la sentencia dictada por el Tribunal Pleno en la Controversia Constitucional 25/2008, promovida por el Poder Judicial del Estado de Jalisco. <http://goo.gl/yuaJGS> (consultada el 01/01/2011)

⁵²¹ Véase esta sentencia localizable con el número de registro 22368, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXXII, Agosto de 2010, Página: 1665. También aparece publicada en el Diario Oficial de la Federación de 20 de julio de 2010.

⁵²² En relación a los puntos resolutivos séptimo y octavo la votación quedó de la siguiente manera: Por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y presidente Ortiz Mayagoitia, *a favor de las propuestas contenidas en el considerando noveno, en cuanto a declarar fundada la omisión legislativa consistente en la falta de regulación del retiro voluntario de los Magistrados del Supremo Tribunal de Justicia de*

no se habían establecido las causas de retiro voluntario en la Ley Orgánica del Poder Judicial y sólo se señalaba el retiro forzoso. También resaltó que la omisión de reglamentar ese retiro adquiriría trascendencia jurídica, en tanto que los funcionarios que desearán hacerlo carecían de un mecanismo jurídico que hiciese efectiva esa disposición, con lo cual se vulneraba la estabilidad de los Magistrados del Poder Judicial Local, ya que uno de los parámetros consiste en que las legislaciones locales establezcan, en caso de que el periodo de los Magistrados no sea vitalicio que, al final de éste, pueda otorgárseles un haber por retiro; principio que debe extenderse a los casos de retiro voluntario, debido a que el Constituyente local quiso que a los Magistrados que optaran por él, se les concediese ese derecho.

Este asunto guarda una relación estrecha con la controversia constitucional 25/2008. De esta suerte la SCJN declaró fundados los argumentos de invalidez hechos valer por el Poder Judicial del Estado de Jalisco, en el sentido de que ninguna norma regulaba en su totalidad el haber por retiro.

En cuanto a los *efectos* de la sentencia, la Corte determinó que el órgano legislativo de ese Estado, debería legislar las normas correspondientes antes de finalizar el segundo periodo de sesiones ordinarias⁵²⁴ —del primero de octubre al treinta y uno de diciembre— para corregir la deficiencia advertida⁵²⁵.

la entidad, e infundadas las consistentes en la falta de regulación del procedimiento de ratificación y de las causas del retiro forzoso de los Magistrados del referido Supremo Tribunal de Justicia; los señores Ministros Luna Ramos, Franco González Salas y Aguilar Morales votaron en contra.

⁵²³ Véase el considerando noveno de esta sentencia.

⁵²⁴ Véase el considerando Décimo y resolutivo Octavo de esta sentencia.

⁵²⁵ En este asunto se generó la jurisprudencia localizable con número de registro número de 163194, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIII, Enero de 2011, Página: 2716, Tesis: P./J. 113/2010, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL PLAZO PARA PROMOVELA CONTRA UNA OMISIÓN DERIVADA DE UN ACTO POSITIVO QUE NO SE

6. En el contencioso, **“Omisión en los principios de legalidad y certeza en materia electoral, Estado de Chihuahua”** —acción de inconstitucionalidad 9/97—,⁵²⁶ fue promovida por diputados integrantes del treinta y tres por ciento del Congreso de ese Estado. En este asunto se demandó la invalidez del artículo 13, inciso g), de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua⁵²⁷, en virtud que no preveía el numeral 2 y 5 en dicho artículo.

La Corte al resolver argumentó, que el artículo que se impugnaba ciertamente no preveía los numerales 2 y 5, pues sólo contenía el punto

CONTROVIRTIÓ OPORTUNAMENTE ES EL QUE RIGE LA IMPUGNACIÓN DE ÉSTE. Si bien es cierto que como lo estableció el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis jurisprudencial P./J. 43/2003, de rubro: "CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. CUANDO SE TRATE DE OMISIONES, LA OPORTUNIDAD PARA SU IMPUGNACIÓN SE ACTUALIZA DÍA A DÍA, MIENTRAS AQUÉLLAS SUBSISTAN.", cuando se trate de omisiones, la oportunidad para impugnarlas a través de la controversia constitucional se actualiza día a día, mientras aquéllas subsistan, también lo es que tal criterio no es aplicable cuando se impugnan las consecuencias directas de un acto positivo que no se controvertió oportunamente, como es la falta de remisión al Congreso del Estado de Jalisco del dictamen técnico y del expediente de un Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia local tres meses antes de que concluyera su nombramiento para determinar lo relativo a su ratificación, a la que por ser una consecuencia necesaria del acuerdo del Supremo Tribunal de Justicia del Estado en el que determinó que el indicado juzgador es inamovible por haber sido ratificado con anterioridad, no se le puede atribuir el carácter de omisión para los efectos de la controversia, por lo que el plazo para controvertir la aludida falta de remisión es el mismo que rige para la impugnación del acuerdo del que deriva, sin que sea válido sujetarlo a la regla prevista en la jurisprudencia mencionada. Controversia constitucional 49/2008. Poder Legislativo del Estado de Jalisco. 10 de mayo de 2010. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Gustavo Ruiz Padilla.

⁵²⁶ Sentencia localizable con número de registro: 5029, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, VII, Enero de 1998, Página: 778. Principios de legalidad y de certeza en materia electoral artículo 13, inciso g), de la ley electoral del estado de Chihuahua, reformado y ratificado mediante decretos números 618/97 VII P.E. y 655/97 I P.O., publicados ambos el 18 de octubre de 1997, en el periódico oficial del estado de Chihuahua. Este asunto fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Pleno, por unanimidad de diez votos de los Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Román Palacios, Sánchez Cordero, Silva Meza y presidente en funciones Juventino V. Castro y Castro. Fue ponente en este asunto el Ministro Humberto Román Palacios. Ausente el presidente Aguinaco Alemán, por estar atendiendo otras actividades inherentes a su cargo.

⁵²⁷ Reformado y ratificado mediante el Decreto número 618/97 VIIP.E. y el Decreto 655/97 I P.O., ambos publicados el dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y siete en el *Periódico Oficial* de la citada entidad federativa.

1 y diversos incisos, lo que evidentemente provocaba una confusión, violando de esta manera los principios de legalidad y certeza.

En cuanto a los *efectos* de la sentencia se recomendó al legislador para enmendar la omisión legislativa dentro de un lapso de tiempo, consistente en que deberían realizarse las adecuaciones por parte de la demandada, “en un plazo no mayor a treinta días naturales contados a partir del siguiente (*sic*) al en que se le notifique el presente fallo [...]”⁵²⁸.

7. En el caso **“Equidad en el financiamiento público en materia electoral, Estado de Hidalgo”**, —acción de inconstitucionalidad 22/2001 y sus acumuladas 23/2001 y 24/2001—⁵²⁹ fue promovida por los partidos políticos Convergencia por la Democracia, de la Sociedad Nacionalista y Alianza Social, en contra de la Quincuagésima Séptima Legislatura del Congreso y del Gobernador Constitucional, ambos del Estado de Hidalgo.

Los partidos mencionados, se inconformaron en contra del Decreto 216, por el que se reformaron diversas disposiciones de la Ley Electoral de ese Estado, sosteniendo que el artículo 38, fracción I, inciso h), de la mencionada ley electoral, violaba varias disposiciones de la Constitución Federal, pues excluía a los partidos políticos sin antecedentes electorales en el Estado o de reciente creación a recibir financiamiento público para sus actividades generales.

⁵²⁸ Véase también a FIGUEROA MEJÍA, Giovanni Azael, *Las sentencias constitucionales atípicas en el ...* Cit. nota 3, Págs. 335

⁵²⁹ Ejecutoria localizable con número de Registro 7366, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIV, Septiembre de 2001, Página: 825, y publicada en el Diario Oficial de la Federación de 7 de septiembre de 2001, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XIV, septiembre de 2001. Tema: EQUIDAD EN EL FINANCIAMIENTO PÚBLICO EN MATERIA ELECTORAL. EL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN I, INCISO H), DE LA LEY ELECTORAL DEL ESTADO DE HIDALGO, QUE ESTABLECE QUE LOS PARTIDOS POLÍTICOS QUE NO TENGAN ANTECEDENTES ELECTORALES EN LA ELECCIÓN DE DIPUTADOS, NO TENDRÁN DERECHO A FINANCIAMIENTO POR ACTIVIDADES GENERALES, CONTRAVIENE EL PRINCIPIO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN IV, INCISO F), DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

El Tribunal Pleno al resolver⁵³⁰, entre otras cuestiones declaró, que eran inconstitucionales las fracciones I, inciso h), y II, inciso e), ambas del artículo 38 de la Ley Electoral del Estado de Hidalgo, determinando que el artículo 116, fracción IV, inciso f), de la Constitución Federal, establecía expresamente que las constituciones y las leyes de los Estados deben garantizarlas en materia electoral, de acuerdo con sus disponibilidades presupuestales, que los partidos políticos reciban en forma equitativa el financiamiento público para el sostenimiento de las actividades permanentes y cuenten, durante los procesos electorales, con apoyo para la obtención del sufragio universal⁵³¹. Por lo que las normas locales excluían del financiamiento público a los partidos políticos de nueva creación, así que el Poder Legislativo Local al emitir la ley electoral había incumplido la obligación impuesta en la Constitución Federal.

Lo trascendente de esta sentencia es que, por un lado, se trató implícitamente el tema de las omisiones legislativas relativas, siendo uno de los primeros precedentes en donde se declaró inconstitucional una norma por *deficiente regulación* y, por otro lado, se ordenó al Congreso Local emitir la normatividad correspondiente en donde se regulara lo relativo al financiamiento público para actividades generales de estos partidos, ello con una *limitación temporal* “*veinte días naturales contados a partir de la publicación de la ejecutoria en el Diario Oficial de la Federación*”⁵³².

⁵³⁰ Este asunto fue resuelto por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y Presidente Genaro David Góngora Pimentel. No asistió el señor Ministro Mariano Azuela Güitrón, por estar disfrutando de vacaciones. Fue ponente en este asunto el señor Ministro Humberto Román Palacios.

⁵³¹ Véase “Considerando Quinto” de esta acción de inconstitucionalidad, Pág. 100

⁵³² Véase a NUÑEZ VALADEZ, Miguel Antonio, *La omisión legislativa y control ... Cit.* nota número 41, Págs. 109, 110, y 111; también a RANGEL HERNÁNDEZ, Laura “*La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México ... Cit.* nota número 31, Págs. 218 y 219,

8. En el asunto **“Omisión al no fijar el plazo para la designación del Consejero presidente sustituto del Instituto Electoral de Quintana Roo”**, —acción de inconstitucionalidad 27/2002—⁵³³ fue promovido por el Partido de la Revolución Democrática, en la que se impugnó la Ley Orgánica del Instituto Electoral del estado de Quintana Roo. En este asunto la Corte declaró la invalidez de la fracción III del artículo 30 de la Ley Orgánica del Instituto Electoral de Quintana Roo, al no establecerse (omisión) un plazo específico para que la Legislatura Local llevase a cabo el nombramiento del Consejero Presidente sustituto, ya que podía dar lugar a que el secretario general fungiese indefinidamente como tal y, como consecuencia, el director jurídico se encontrase en situación similar en el cargo de secretario general, lo que creaba incertidumbre en cuanto a la funcionalidad del organismo electoral y, por ende, se vulneraba el principio de certeza, previsto en el artículo 116, fracción IV, inciso b), de la Constitución Federal.

En cuanto a los *efectos* de la sentencia la *Corte determinó que por lo menos noventa días antes de que iniciara el proceso electoral, adecuará los citados preceptos*, consistente en que el Congreso local legislará respecto al señalamiento del término dentro del cual se hiciera el nombramiento del Consejero Presidente sustituto del Instituto Electoral⁵³⁴. Este caso generó jurisprudencia⁵³⁵.

así como “*El control de las omisiones legislativas en México ... Cit. nota número 134, Págs. 638 y 639, y Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría ... Cit. nota numero 14, Págs. 284, 286, 389, 390. BAEZ SILVA, Carlos, La inconstitucionalidad por... Cit. nota numero 81, Pág. 82. Véase también el considerando Sexto parte in fine de esta sentencia.*

⁵³³ Sentencia localizable con número de registro 17504, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVII, Marzo de 2003, Página: 1047.

⁵³⁴ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, “*La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México . . . Cit. nota número 31, Págs. 220 y 221; BAEZ SILVA, Carlos, La inconstitucionalidad por ... Cit. nota numero 81, Págs. 82 y 83*

⁵³⁵ Jurisprudencia localizable con número de Registro: 184.873, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,

c). Sentencias de amonestación al legislador

En estos casos, la Corte señala que existe una omisión legislativa, y advierte al legislador para que éste prevenga, procure o evite continuar con la ausencia de normas.

1. El caso, **“Sistema integral de justicia para adolescentes, configura una violación constitucional por actualizarse una omisión legislativa”** —Acción de inconstitucionalidad 37/2006—. La Corte determinó que el artículo primero transitorio del decreto por el que se reformaba y adicionaba el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el doce de diciembre de dos mil cinco, había establecido un periodo inicial de *vacatio legis* de tres meses siguientes a la fecha de publicación del decreto, para que la reforma y adición constitucional, entrara en vigor en todo México.

XVII, Febrero de 2003, Tesis: P./J. 2/2003, Página: 618, INSTITUTO ELECTORAL DEL ESTADO DE QUINTANA ROO. LOS ARTÍCULOS 30, FRACCIÓN III, Y 38 DE SU LEY ORGÁNICA, VIOLAN EL PRINCIPIO DE CERTEZA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN IV, INCISO B), DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PORQUE EL PRIMERO NO FIJA EL PLAZO ESPECÍFICO PARA LA DESIGNACIÓN DEL CONSEJERO PRESIDENTE SUSTITUTO DEL INSTITUTO RESPECTIVO, Y EL SEGUNDO TAMPOCO ESTABLECE EL PLAZO EN EL QUE EL DIRECTOR JURÍDICO PUEDA FUNGIR COMO SUSTITUTO DEL SECRETARIO GENERAL (DECRETO PUBLICADO EL 27 DE AGOSTO DE 2002 EN EL PERIÓDICO OFICIAL DEL ESTADO). El artículo 30, fracciones II y III, de la Ley Orgánica del Instituto Electoral del Estado de Quintana Roo, prevé que en caso de ausencia definitiva del consejero presidente, el consejo general de ese instituto debe hacerlo del conocimiento de la Legislatura Estatal a fin de que ésta proceda a nombrar al consejero presidente sustituto y, en tanto no resuelva, seguirá encargado del despacho el secretario general. Por otra parte, el artículo 38 de la norma en cita, señala que el secretario general del Instituto Electoral Estatal será sustituido por el director jurídico. Sin embargo, al no establecerse un plazo específico para que la Legislatura Local lleve a cabo el nombramiento del consejero presidente sustituto, puede dar lugar a que el secretario general funja indefinidamente como tal y, como consecuencia, el director jurídico se encuentre en situación similar en el cargo de secretario general, lo que crea incertidumbre en cuanto a la funcionalidad del organismo electoral y, por ende, se vulnera el principio de certeza, previsto en el artículo 116, fracción IV, inciso b), de la Constitución Federal. Acción de inconstitucionalidad 27/2002. Partido de la Revolución Democrática. 18 de febrero de 2003. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

En el artículo segundo transitorio creó un nuevo periodo de *vacatio legis* de seis meses, contados a partir de su entrada en vigor, para que los entes obligados generasen las leyes, instituciones y órganos requeridos para la aplicación del decreto. En la sentencia se constató que, los indicados preceptos establecían la vigencia de la reforma y adición constitucional, de manera que: el decreto entró en vigor en todo México en cuanto a los derechos sustantivos que contemplaban en favor de los adolescentes el doce de marzo de dos mil seis, mientras que el periodo para que se generaran las leyes, instituciones y órganos, inició el trece de marzo de dos mil seis y había vencido el doce de septiembre de ese año.

De esta forma, los entes obligados habían tenido hasta la última fecha referida para generar, en sus respectivas jurisdicciones, el sistema especializado de justicia para menores infractores. Por ello, la SCJN consideró en el caso que la circunstancia de que algunas Legislaturas Locales no hubiesen emitido dentro del plazo señalado la legislación correspondiente, configuraba una violación constitucional por actualizarse una omisión legislativa⁵³⁶.

Vemos como la Corte sólo constató y declaró la existencia de la omisión legislativa.

⁵³⁶ Jurisprudencia localizable con número de Registro: 168771, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Septiembre de 2008, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: P./J. 72/2008, Página: 621, "SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LAS LEGISLATURAS LOCALES NO HAYAN CREADO ANTES DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2006 LAS LEYES, INSTITUCIONES Y ÓRGANOS PARA LA APLICACIÓN DEL DECRETO DE REFORMA AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE DICIEMBRE DE 2005, CONFIGURA UNA VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL POR ACTUALIZARSE UNA OMISIÓN LEGISLATIVA." Acción de inconstitucionalidad 37/2006. Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí. 22 de noviembre de 2007. Unanimidad de diez votos. Ausente y Ponente: Mariano Azuela Güitrón; en su ausencia se hizo cargo del asunto Sergio A. Valls Hernández. Secretarios: José Antonio Abel Aguilar Sánchez, Rosalía Argumosa López, Jaime Flores Cruz, Miriam Flores Aguilar, María Amparo Hernández Chong Cuy, Miguel Enrique Sánchez Frías y Laura García Velasco.

2. En cuanto al asunto **“Omisión en la garantía de previa audiencia, sobre la Ley de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Campeche”** —acción de inconstitucionalidad 24/2004—⁵³⁷, fue promovido por el Congreso de ese Estado. Estos diputados solicitaron la invalidez de los artículos 59 al 62 de la Ley de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Campeche, pues a su juicio violaban los artículos 14 y 133 de la Constitución Federal, al no prever estas normas un procedimiento mediante el cual se otorgase la garantía de previa audiencia a los infractores que incurriesen en las hipótesis normativas sancionadas por esa ley.

Este caso es sobresaliente porque la SCJN abordó implícitamente una *cuestión de omisión legislativa relativa*, la Corte decidió por unanimidad de diez votos, que las referidas normas legales eran inconstitucionales, precisamente, porque no incluían la garantía de debido procedimiento. Lo trascendental para este estudio es que en el apartado de las causales de improcedencia, la Suprema Corte ratificó el criterio de la acción de inconstitucionalidad 22/2001 y sus acumuladas, además, señaló que la improcedencia de este tipo de acciones se actualiza únicamente cuando se trata de reclamos de una omisión total o absoluta en la expedición de una ley, y *no así cuando esa omisión fuera resultado de una deficiente regulación* —omisión parcial— de las normas respectivas, como en este caso concreto⁵³⁸. Para el Tribunal Constitucional mexicano, el simple hecho de que la norma impugnada haya sido promulgada y publicada es una razón suficiente para que sea procedente la acción de inconstitucionalidad, independientemente de que se alegue una violación constitucional

⁵³⁷ Ejecutoria localizable con el número de registro: 20370, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Septiembre de 2007, Página: 2034. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 24/2004. DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA QUINCUAGÉSIMA OCTAVA LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE CAMPECHE.

⁵³⁸ Véase el “Considerando Cuarto”, Pág. 36, de esta Acción de Inconstitucionalidad 24/2004.

directa del contenido de la propia norma reclamada o una deficiente construcción por parte del legislador⁵³⁹. Finalmente este asunto generó jurisprudencia⁵⁴⁰.

En cuanto a la declaratoria de invalidez se determinó que surtiría efectos a partir del día siguiente de la legal notificación de la ejecutoria al Congreso del Estado de Campeche.

d). Sentencias aditivas

En estos asuntos la Corte actúa como “paralegislator”, “colegislador”⁵⁴¹ o con “función paralegislativa”⁵⁴², es decir al resolver

⁵³⁹ Cfr. NUÑEZ VALADEZ, Miguel Antonio, *La omisión legislativa y control ...* Cit. nota número 41, Pág. 113 y 114

⁵⁴⁰ Jurisprudencia localizable con el número de Registro: 170784, Novena Época, Instancia: Pleno Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Diciembre de 2007, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: P./J. 119/2007, Página: 983, DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. LOS ARTÍCULOS 59 AL 62 DE LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE CAMPECHE, AL NO PREVER EL PROCEDIMIENTO PARA OÍR AL POSIBLE INFRACITOR Y SE LE DÉ LA OPORTUNIDAD DE DEFENDERSE EN CASO DE RESULTAR AFECTADO, TRANSGREDEN LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la garantía de audiencia previa, contenida en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consiste en el derecho que tienen los gobernados no sólo frente a las autoridades administrativas y judiciales, sino también ante el órgano legislativo, de tal manera que éste queda obligado a consignar en sus leyes los procedimientos necesarios para que se oiga a los interesados y se les dé la oportunidad de defenderse, es decir, de rendir pruebas y formular alegatos en todos aquellos casos en que puedan resultar afectados sus derechos. En este sentido, se concluye que los artículos 59 al 62 de la Ley de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Campeche, que establecen la forma en que serán sancionadas las infracciones a la ley, los datos o circunstancias con base en los cuales se impondrán dichas sanciones y los elementos que se tomarán en consideración para su determinación, transgreden la referida garantía constitucional, ya que no prevén un procedimiento a través del cual se oiga al posible infractor y se le dé la oportunidad de defenderse antes de que las autoridades correspondientes apliquen las sanciones predeterminadas. Acción de inconstitucionalidad 24/2004. Diputados integrantes de la Quincuagésima Octava Legislatura del Congreso del Estado de Campeche. 2 de agosto de 2007. Unanimidad de diez votos. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Juan N. Silva Meza; en su ausencia hizo suyo el asunto José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Martín Adolfo Santos Pérez.

⁵⁴¹ AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función ...” Cit. nota número 47, Pág. 12 y 13

determina que existe una omisión y establece los lineamientos o directrices que debe seguir el legislador, o los elementos que deben incorporarse a la norma, por parte del legislador.

1.- El contencioso **“Omisión del medio o mecanismo para impugnar las determinaciones del no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público”** —contradicción de tesis 18/98—.

Esta contradicción de tesis se suscitó entre los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Cuarto Circuito.

La contradicción versó en torno a la posibilidad de la impugnación de las determinaciones del no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público⁵⁴³. La omisión del legislador consistió

⁵⁴² FIGUEROA MEJÍA, Giovanni, *Op. Cit.* en nota numero 3, Pág. 399 y 400. Véase también a VECINA CIFUENTES, Javier, “El control por el Tribunal Constitucional ... *Cit.* nota 358, Pág. 490. Con las sentencias manipulativas el Tribunal Constitucional realiza una función *paralegislativa*, en virtud de que esa función es diversa de aquélla que comúnmente da origen a la ley; mientras que con las sentencias monitorias el Tribunal Constitucional prescribe llamamientos o recomendaciones al Parlamento, destinadas a que éste, sea un órgano de mera actuación de las sentencias.

⁵⁴³ En este asunto se generó la jurisprudencia localizable con número de registro: 190.963, Materia(s): Constitucional, Penal; Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XII, Octubre de 2000, Tesis: P./J. 114/2000, Página: 5, ACCIÓN PENAL. ES PROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO, MIENTRAS NO SE ESTABLEZCA EN LEY LA VÍA JURISDICCIONAL DE IMPUGNACIÓN ORDINARIA, PARA RECLAMAR LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA (ARTÍCULO 21, PÁRRAFO CUARTO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). De la reforma al citado precepto constitucional, que entró en vigor el 1o. de enero de 1995, y de los antecedentes legislativos que le dieron origen, se advierte el reconocimiento en favor del querellante, denunciante, víctima del delito o de los familiares de ésta o del legalmente interesado, del derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, coetáneo del derecho de exigir al Estado la persecución de los delitos, lo que se traduce en el nacimiento de una garantía individual, cuyo respeto no puede considerarse postergado o sujeto a la condición suspensiva de que el legislador ordinario, en los diferentes fueros, emita las disposiciones legales que reglamenten el instrumento para impugnar por la vía jurisdiccional ordinaria las determinaciones de mérito, puesto que, en principio, ante la vigencia de la disposición constitucional relativa, la protección del derecho garantizado es inmediata, ya que, en tal hipótesis, no se requieren medios materiales o legales diferentes de los existentes para que la autoridad cumpla cabalmente y desde luego, con el mandato constitucional de investigar y perseguir los delitos, siendo obvio que dentro del sistema constitucional mexicano, el medio para controlar directamente el cumplimiento de esas funciones es el juicio de amparo. Por consiguiente, **la ausencia de ordenamientos legales que precisen la vía jurisdiccional ordinaria para impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal que pueden ser**

en no estipular mecanismos para efectivizar el derecho a impugnar, o bien establecer expresamente la procedencia del amparo para su impugnación, la SCJN estimó que el juicio de amparo era procedente, debido a que la omisión legislativa —aunque no la llame con éste nombre⁵⁴⁴— no puede obstaculizar el ejercicio de la garantía individual concedida por el artículo 21 constitucional, y tampoco podía la misma quedar en suspenso hasta que el legislador emitiese la norma que regulase el procedimiento para hacer valer ese derecho⁵⁴⁵.

2. En el asunto **“Omisión en la facultad para realizar convenios en materia Electoral, Estado de Aguascalientes”** —acción de inconstitucionalidad 27/2009 y sus acumuladas 29/2009,

violatorias de las garantías individuales del ofendido, no impide que tales determinaciones sean reclamadas de modo inmediato y en tanto se expidan las leyes ordinarias, a través del juicio de amparo, dado que al estar regulada la actuación relativa de la representación social por la propia Carta Magna, entre otros de sus preceptos, en los artículos 14 y 16, bien puede y debe examinarse esa actuación en el juicio de garantías, pues arribar a una postura que sobre el particular impida la procedencia de dicho juicio, sería tanto como desconocer la existencia de la mencionada garantía individual y el objetivo y principios que rigen al juicio de amparo, que de acuerdo con lo previsto en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es procedente contra leyes o actos de autoridad que violen garantías individuales. En estas condiciones, debe concluirse que si las determinaciones del aludido representante social sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal pueden implicar la violación de garantías individuales, aquéllas podrán impugnarse mediante el juicio de amparo indirecto, en términos de lo dispuesto en el artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo, por ser esta vía la que revisa la legalidad del proceso indagatorio de la comisión de ilícitos, además de que desatender la norma constitucional reformada implicaría la inobservancia de los artículos 133 y 136 de la Constitución Federal, siendo que el espíritu del Constituyente Originario se orientó a la prevalencia de los principios de supremacía e inviolabilidad de la Ley Fundamental.

⁵⁴⁴ La sentencia literalmente argumenta “la ausencia hasta ahora de ordenamientos legales que precisen la vía jurisdiccional ordinaria para impugnar por cuestiones de legalidad las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, no impide que tales determinaciones puedan ser reclamadas, por el momento, directamente, mediante el juicio de amparo, dado que estando regulada la relativa actuación de la representación social por el propio Pacto Federal, entre otros, por sus numerales 14 y 16, bien puede y debe examinarse esa actuación en el juicio de amparo, ya que éste es precisamente un medio de control constitucional por vía jurisdiccional”. Esta misma argumentación se plasmó en la jurisprudencia que quedó vigente de dicha contradicción, véase la nota al pie de página anterior.

⁵⁴⁵ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura *“El control de las omisiones legislativas en México ... Cit. nota número 134, Pág. 637.*

30/2009, y 31/2009—⁵⁴⁶. Los partidos políticos que interpusieron esta acción argumentaron que el Congreso del Estado de Aguascalientes había desatendido el mandato previsto por el artículo sexto transitorio de la reforma a la Constitución Federal, porque en la legislación en materia electoral no se incluyó la regulación relativa a la obligación por parte del Instituto Electoral Local para que, si así lo determinase, fuese el Instituto Federal Electoral quien organizara la elección.

La Corte advirtió que asistió la razón a los partidos promoventes, pues no se hizo mención expresa alguna sobre la facultad del Instituto Estatal de la entidad para celebrar convenios de la naturaleza aludida.

Además afirmó que en la reforma electoral realizada en esa entidad, si bien se hacía referencia a convenios de colaboración en aspectos específicos, se había omitido establecer a favor del Instituto Estatal Electoral, la facultad para convenir con el Instituto Federal Electoral para que este último se hiciera cargo de la organización de los procesos electorales locales. Por tanto, resultó fundada la omisión legislativa aducida, puesto que efectivamente el legislador local omitió el cumplimiento del mandato constitucional previsto en el artículo 116, fracción IV, inciso d, de la Constitución Federal⁵⁴⁷.

En cuanto a los *efectos* de la sentencia dado el inminente comienzo del próximo proceso electoral en esa entidad, la SCJN, determinó por aplicación directa del artículo 116, fracción IV, inciso d, de la Constitución Federal, que el Consejo General del Instituto Estatal Electoral del Estado de Aguascalientes, *inclusive para la elección*

⁵⁴⁶ Sentencia localizable con el número de registro: 21959, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, Enero de 2010, Página: 1101.

⁵⁴⁷ Este asunto generó la jurisprudencia consultable con número de Registro: 164739, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, Abril de 2010, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 40/2010, Página: 1598, PARTIDOS POLÍTICOS NACIONALES. EL ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO ELECTORAL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES, QUE PREVÉ LA CONSECUENCIA DE LA PÉRDIDA DE LA ACREDITACIÓN LOCAL NO VIOLA EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN IV, INCISO G), CONSTITUCIONAL.

*inmediata, estaba facultado para que en caso de así decidirlo, celebrase convenio con el Instituto Federal Electoral, sin perjuicio de que el legislador local legislara a la brevedad posible, para suplir la deficiencia legal apuntada*⁵⁴⁸.

3. El caso **“Omisión en el recuento de votos, Estado de Quintana Roo”** —acción de inconstitucionalidad 39/2009 y su acumulada 41/2009—⁵⁴⁹, fue promovida por el Partido de la Revolución Democrática y comité directivo estatal del Partido Acción Nacional de ese Estado.

La Corte en su resolutive quinto⁵⁵⁰ declaró fundada la acción de inconstitucionalidad en contra de la omisión legislativa del Congreso de Quintana Roo, consistente en regular de manera deficiente los supuestos y las reglas de los recuentos parciales o totales en los ámbitos administrativo y jurisdiccional previstos en el inciso 1) de la fracción IV, del numeral 116 de la Constitución General de la República.

En cuanto a los *efectos* de la sentencia, la Corte subrayó que era responsabilidad del Congreso Estatal legislar a la brevedad posible, para corregir la deficiencia apuntada en los términos indicados en el

⁵⁴⁸ Los puntos resolutivos octavo y noveno relativos a la “omisión” se aprobaron por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y presidente Ortiz Mayagoitia; los señores Ministros Luna Ramos y Franco González Salas votaron en contra.

⁵⁴⁹ Sentencia localizable con el número de registro: 22064, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Marzo de 2010 Página: 2195

⁵⁵⁰ En relación a este punto resolutivo quinto se aprobó por mayoría de nueve votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea, Gudiño Pelayo, Aguilar Morales, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y presidente Ortiz Mayagoitia, en cuanto a que es fundada la acción de inconstitucionalidad en contra de la omisión legislativa del Congreso del Estado de Quintana Roo; los señores Ministros Aguirre Anguiano y Cossío Díaz **estimaron además, que en las acciones de inconstitucionalidad sí pueden dictarse sentencias de condena y este último, reservó su derecho para formular voto concurrente**; y los señores Ministros Luna Ramos y Franco González Salas votaron porque es improcedente la acción de inconstitucionalidad en contra de omisiones legislativas y reservaron su derecho para formular voto de minoría.

considerando decimoprimeros de esa resolución. Debiendo precisar con claridad, como mínimo:

1. *Los casos en los que procedía el recuento total y parcial de votos.*
2. *Los sujetos legitimados para solicitar tales recuentos.*
3. *Los requisitos que debían seguirse para que se llevase a cabo el recuento.*
4. *Cómo se desahogaría y qué efectos tendría la realización de los recuentos.*

3. 3. Una clasificación de las omisiones según la jurisprudencia de la SCJN

En este epígrafe recalcamos que, la Suprema Corte de Justicia de la Nación posee un criterio jurisprudencial⁵⁵¹ titulado “OMISIONES LEGISLATIVAS, SUS TIPOS”⁵⁵². Este criterio se encuentra vigente, con el evidenciamos la existencia y tratamiento que se ha dado a esta técnica.

La jurisprudencia anterior describe que, en atención al principio de división funcional de poderes, los órganos legislativos del Estado

⁵⁵¹ En México la jurisprudencia se entiende desde dos puntos de vista, como ciencia del derecho y como criterios reiterados de determinados tribunales (jurisprudencia judicial), de ésta última como género, se desprende la jurisprudencia obligatoria como una especie, en los casos en que la Ley o la Constitución la dotan de carácter imperativo con respecto a los jueces y tribunales. CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La jurisprudencia obligatoria de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, en *Boletín Mexicano de derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXVIII, Número 83, Mayo - Agosto 1995, Págs. 523-562, véase especialmente la Pág. 557.

⁵⁵² Jurisprudencia “OMISIONES LEGISLATIVAS, SUS TIPOS” localizable con el número de Registro: 175872. Materia(s): Constitucional. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, febrero de 2006, tesis P./J. 11/2006, Pág. 1527.

cuentan con facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio, y en su desarrollo pueden incurrir en diversos tipos de omisiones. Por un lado, puede darse una omisión absoluta cuando aquéllos simplemente no han ejercido su competencia de crear leyes ni han externado normativamente voluntad alguna para hacerlo; por otro lado, puede presentarse una omisión relativa cuando al haber ejercido su competencia, lo hacen de manera parcial o simplemente no la realizan integralmente, impidiendo el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes. Ahora bien, combinando ambos tipos de competencias o facultades —de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo—, y de omisiones —absolutas y relativas—, pueden presentarse las siguientes omisiones legislativas:

- a) *Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio*, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho;
- b) *Relativas en competencias de ejercicio obligatorio*, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente;
- c) *Absolutas en competencias de ejercicio potestativo*, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga; y,
- d) *Relativas en competencias de ejercicio potestativo*, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente⁵⁵³.

La Corte también ha determinado que, en atención al *principio de división funcional de poderes*, los órganos legislativos del Estado

⁵⁵³ *Idem*

cuentan con facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio. Las primeras son aquellas en las que dichos órganos pueden decidir si las ejercen o no y el momento en que lo harán; de manera que esta competencia en sentido estricto no implica una obligación sino la posibilidad establecida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales, es decir, los órganos legislativos cuentan con la potestad de decidir libremente si crean determinada norma jurídica y el momento en que lo harán. Por su parte, las segundas son aquellas a las que el orden jurídico adiciona un mandato de ejercicio expreso, es decir, una obligación de hacer por parte de los órganos legislativos a los que se les han otorgado, con la finalidad de lograr un correcto y eficaz desarrollo de sus funciones; de ahí que si no se realizan el cumplimiento trae aparejada una sanción; en este tipo de competencias el órgano legislativo no tiene la opción de decidir si crea o expide una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedirla o crearla, que puede encontrarse expresa o implícitamente en el texto de las propias normas constitucionales, o en el de sus disposiciones transitorias⁵⁵⁴.”

La Corte, en estos criterios jurisprudenciales utiliza el concepto *competencia* como sinónimo de *mandatos al legislador* —mandatos *legisferantes*—

Realizadas estas puntualizaciones a continuación haremos una clasificación esquemática de las omisiones, basándonos en este criterio jurisprudencial y tomando como base los casos descritos en epígrafes anteriores.

⁵⁵⁴ Jurisprudencia ÓRGANOS LEGISLATIVOS. TIPOS DE FACULTADES O COMPETENCIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE DIVISION FUNCIONAL DE PODERES. Novena Época. Registro: 175869, Instancia Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, febrero de 2006, Materia(s): Constitucional, Tesis P./J. 10/2006, página 1528.

A). Omisiones absolutas en controversias constitucionales, encontramos los casos siguientes:

1.- “Magistrada Presidenta del Poder Judicial de Tlaxcala V/S Congreso de Tlaxcala” (Controversia Constitucional 4/2005).

2.- “Actualización de tablas de valores unitarios del suelo y construcciones: Municipio Centro de Tabasco V/S Congreso Tabasco” (Controversia Constitucional 14/2005).

Estos 2 asuntos se pueden clasificar como omisiones absolutas en el ejercicio de una facultad o competencia de ejercicio obligatorio.

B). Omisiones absolutas en acciones de inconstitucionalidad, localizamos:

Como único asunto “Sistema integral de justicia para adolescentes, configura una violación constitucional por actualizarse una omisión legislativa” (Acción de inconstitucionalidad 37/2006). Consideramos es una omisión absoluta y se encuadra dentro de la clasificación en competencia de ejercicio obligatorio.

C). Omisión absoluta en juicio de amparo:

Sólo hemos encuadrado en este tipo al caso “Omisión del medio o mecanismo para impugnar las determinaciones del no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público”, (contradicción de tesis 18/98). Este asunto es una omisión absoluta que se encuadra dentro de la clasificación en competencia de ejercicio obligatorio.

D). Omisiones relativas en controversias constitucionales, hallamos:

1.- “Omisión de los Congresos locales al no adecuar su legislación en materia municipal”, (controversia constitucional 46/2002).

2.- “Servicios públicos municipales. Omisión legislativa del Congreso del Estado de Chihuahua”, (controversia constitucional 80/2004).

3.- “Magistrados del Tribunal de Jalisco VS Ausencia de normas del haber por retiro” (controversia constitucional 25/2008)

4.- “Magistrados del Tribunal de Jalisco V/S Omisión en la regulación del retiro voluntario”, (controversia Constitucional 49/2008)

Estos 4 asuntos se encuadran dentro de la facultad o competencias de ejercicio obligatorio, como hemos dicho fueron resueltas a través de las controversias constitucionales.

E). Omisiones relativas en acciones de inconstitucionalidad,
encontramos:

1.- “Omisión en los principios de legalidad y certeza en materia electoral, Estado de Chihuahua” (acción de inconstitucionalidad 9/97).

2.- “Equidad en el financiamiento público en materia electoral, Estado de Hidalgo”, (acción de inconstitucionalidad 22/2001 y sus acumuladas 23/2001 y 24/2001).

3.- “Omisión al no fijar el plazo para la designación del Consejero Presidente sustituto del Instituto Electoral de Quintana Roo”, (acción de inconstitucionalidad 27/2002).

4.- “Omisión en la garantía de previa audiencia, sobre la Ley de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Campeche” (acción de inconstitucionalidad 24/2004).

5.- “Regulación deficiente del principio de representación proporcional en la integración del Congreso estatal de Tamaulipas” (acción de inconstitucionalidad 21/2009).

6.- “Omisión en la facultad para realizar convenios en materia Electoral, Estado de Aguascalientes” (acción de inconstitucionalidad 27/2009 y sus acumuladas 29/2009, 30/2009, y 31/2009).

7.- “Omisión en el recuento de votos, Estado de Quintana Roo” (acción de inconstitucionalidad 39/2009 y su acumulada 41/2009).

El asunto con el numeral 1 es clasificable dentro de la facultad o competencia de ejercicio potestativo, en virtud que el órgano legislativo decidió hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hizo de manera incompleta o deficiente.

Respecto a los asuntos señalados en los numerales 2 al 7 se encuadran dentro de la clasificación de facultad o competencia de ejercicio obligatorio⁵⁵⁵.

Para cerrar este apartado, solo resta decir que con la jurisprudencia “Omisiones legislativas. Sus tipos”, pueden clasificarse todos los asuntos que resuelve la SCJN. De esta manera se afianzaría, desarrollaría y consolidaría este criterio para que sea una doctrina contundente en las *omisiones*.

⁵⁵⁵ Algunos autores realizan una clasificación general sobre los casos resueltos por la SCJN. Báez Silva, considera que las soluciones dadas a este tipo de problemas han sido variadas: a.- Se determina que el Congreso responsable realice dentro del plazo de un año, las adecuaciones legales conforme a la Constitución federal. b.- Se ordena al ejecutivo estatal que transfiera, dentro de un plazo de 90 días, el servicio público de tránsito. c.- Se determina que el Congreso local, dentro del segundo periodo de sesiones, deberá pronunciarse de manera fundada, motivada, razonada, objetiva y congruente, respecto de la iniciativa de propuestas de actualización de las tablas de valores unitarios que servirán de base para el cobro de contribuciones presentada por el Municipio actor, o bien adecuar, en general las disposiciones legales a la norma constitucional federal. BAEZ SILVA, Carlos, La Inconstitucionalidad por ... *Cit.* nota número 81, Págs. 91 y 92.

4. La reforma en el juicio de amparo y las omisiones

La reforma constitucional en materia del juicio de Amparo, que se publicó el 6 de junio del 2011, y entró en vigor el 4 de octubre del mismo año, modificó los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Federal de México⁵⁵⁶. Esta reforma revolucionó la institución del Juicio de Amparo, en la que una de las novedades —desde nuestra perspectiva—, consiste que mediante ese juicio probablemente proceda la impugnación de cualquier omisión legislativa⁵⁵⁷. Relatemos algunos antecedentes para entenderla.

Esta es una reforma largamente esperada —hacia más de una década que la SCJN había enviado al Senado una amplia propuesta de actualización de ese mecanismo— y absolutamente necesaria. CÓRDOVA VIANELLO destacaba, la falta de contar con un efectivo y moderno mecanismo de protección de los derechos. También era uno de los rubros pendientes en la construcción de la democracia constitucional de México. Puesto que no tener un instrumento de protección y garantía accesible y eficaz, el reconocimiento de los derechos humanos por la Constitución no dejaba de ser papel mojado y el funcionamiento del sistema democrático no podía sino ser precario.

Obsérvese que la reforma en análisis supone un abanico amplio de cambios que modifican tanto al Amparo en sí, como a la estructura y funcionamiento del Poder Judicial en general. Vale la pena resaltar que sobre la omisión quizá lo más relevante en cuanto al Amparo, es que a través de él, se podrá impugnar tanto la no conformidad de las normas generales y de los actos de autoridad con la Constitución, como también

⁵⁵⁶ Diario Oficial de la Federación de fecha 06 de junio del 2011.

⁵⁵⁷ Es importante señalar también que con esa reforma se modificaron las épocas que integran la jurisprudencia mexicana, para ello véase detenidamente el Acuerdo General Número 9/2011, de veintinueve de agosto de dos mil once, del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se determina que el inicio de la décima época del semanario judicial de la federación comenzó a partir del 04 de octubre del 2011.

las omisiones, es decir la inactividad normativa del legislativo y del ejecutivo puede ser combatida por esta vía⁵⁵⁸.

Sobre este tema, SILVA MEZA destacó que no era exagerado decir que el nuevo amparo se fundaba en reglas que, hasta el día la reforma, habían permanecido inalteradas, así entre otros importantes aspectos, los juicios de amparo podrán tramitarse haciendo valer el interés legítimo de las personas; el instrumento de protección, podrá enderezarse en contra no sólo de actos de autoridad, sino también de *omisiones*⁵⁵⁹.

La reforma multicitada⁵⁶⁰ establece en el artículo 103 que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite,

⁵⁵⁸ CORDOVA VIANELLO, Lorenzo. *Nuevo juicio de amparo*. (<http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/46696.html>), El Universal, México, 2009. Consultada el 16/12/2009.

⁵⁵⁹ SILVA MEZA, Juan N. —Ministro ex presidente de la SCJN en el periodo de 2010 a 2014—, *Entra en vigor décima época del semanario judicial de la federación* (<http://www2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/>), SCJN, México, 2011. Consultada el 16/10 /2011

⁵⁶⁰ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I.- Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección en esta Constitución, así como de los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; Artículo 107. Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes: I.(...). IV. En materia administrativa el amparo procede, además, contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, y que causen agravio no reparable mediante algún medio de defensa legal. Será necesario agotar éstos medios de defensa siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos de oficio o mediante la interposición del juicio, recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, con los mismos alcances que los que prevé la ley reglamentaria y sin exigir mayores requisitos que los que la misma consigna para conceder la suspensión definitiva, ni plazo mayor que el que establece para el otorgamiento de la suspensión provisional, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con dicha ley. No existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa si el acto reclamado carece de fundamentación o cuando sólo se aleguen violaciones directas a esta Constitución. V.(...). VII. El amparo contra actos u omisiones en juicio, fuera de juicio, o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra normas generales o contra actos u omisiones de autoridad administrativa, se interpondrá ante el Juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la*

por normas generales, actos u *omisiones* de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección en la Constitución, así como de los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

También el artículo 107, señala que todas las controversias que se establecen en el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, y que en materia administrativa el amparo procede, además, contra actos u *omisiones* que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, y que causen agravio no reparable mediante algún medio de defensa legal.

En ese mismo artículo, otro aspecto a destacar es que el amparo procede contra actos u *omisiones* en juicio, fuera de juicio, o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra normas generales o contra actos u *omisiones* de autoridad administrativa, se interpondrá ante el Juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse⁵⁶¹.

Continuando con la reforma constitucional, resulta muy cautivador que existió y se derivó una *omisión legislativa* de la misma.

*autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia; VIII. . . En materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de esta constitución u **omitán** decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de los acuerdos generales del Pleno. La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras.*

⁵⁶¹ Finalmente ese artículo señala, que en materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de esta constitución u **omitán** decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de los acuerdos generales del Pleno. La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras.

Se dio así por que el *Congreso de la Unión no expidió la Ley Reglamentaria* en los términos establecidos por los artículos transitorios. Esta omisión consistió que la nueva “Ley de Amparo” debía *expedirse el 4 de octubre del 2011*⁵⁶² —fecha en que estaba obligado el Congreso Federal—, y fue hasta el *2 de abril del 2013* que se remedió la situación. Esta ausencia de ley, podemos clasificarla como una omisión legislativa absoluta en competencia de ejercicio obligatorio, pues el Congreso de la Unión tenía la obligación o competencia para hacerlo, por mandato que la Constitución Federal le había otorgado.

Ahora bien sobre esta *vacatio legis* de 18 meses, se suscitaron diversas cuestiones que es relevante mencionar, pues la SCJN jugó un papel importante. Al respecto ZALDÍVAR LELO DE LARREA, quien fungió como representante de la SCJN ante el Poder Legislativo para las Reformas Constitucionales de Amparo y Derechos Humanos, manifestó en diversos foros que el Poder Judicial de la Federación (PJF) se preparó (y actuó) para hacer frente a esa situación.

Argumentó que, los juicios de amparo se tramitaron en todo lo que no contradecían a la reforma constitucional, de acuerdo con lo que estaba en la Ley (de amparo) de ese momento. No pudiéndose afirmar que al no haber ley no se podía tramitar el amparo y tampoco no se podía decir que como no había ley no entraba en vigor la Constitución. Se buscó que no hubiese un periodo en el cual se afectará la protección de los derechos de las personas. La Corte tenía que responder de

⁵⁶² Véanse los artículos transitorios especialmente el segundo de dicha reforma, mismo que se transcribe: Artículos Transitorios: Primero. El presente Decreto **entrará en vigor a los 120 días de su publicación en el Diario Oficial de la Federación**. Segundo. **El Congreso de la Unión expedirá las reformas legales correspondientes dentro de los 120 días posteriores a la publicación del presente Decreto**. Tercero. Los juicios de amparo iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto, continuarán tramitándose hasta su resolución final conforme a las disposiciones aplicables vigentes a su inicio, salvo por lo que se refiere a las disposiciones relativas al sobreseimiento por inactividad procesal y caducidad de la instancia, así como el cumplimiento y ejecución de las sentencias de amparo. Cuarto. Para la integración de jurisprudencia por reiteración no se tomarán en cuenta las tesis aprobadas en los asuntos resueltos conforme a lo dispuesto en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto. México, D.F., a 4 de mayo de 2011

inmediato ante esa **ausencia** de Ley de Amparo, para evitar malos entendidos o dar un mensaje equivocado a la sociedad.

Igualmente enfatizó que era importante que desde la Corte se enviara un mensaje muy claro, en el sentido que el juicio de amparo se seguía tramitando, tenía que interpretarse con criterios progresistas y garantistas, con independencia de tener o no ley de amparo⁵⁶³.

La solución adoptada por la SCJN, consistió en establecer Acuerdos Generales⁵⁶⁴ —especialmente el 11/2011—, en el ámbito de sus facultades, para dar respuesta a esa etapa de transición, en el tiempo que transcurrió sin la nueva ley de amparo.

Entonces, hasta en tanto se aprobó la nueva Ley de Amparo, la *Corte aplicó de manera directa la Constitución*, es decir lo que establecía los artículos 103 y 107, así como la ley vigente hasta antes de la reforma, siempre y cuando la ley reglamentaria no contraviniese a las disposiciones constitucionales.

Esos acuerdos generales —el 11/2011— normaron, por ejemplo, como debía tramitarse la declaratoria general de inconstitucionalidad⁵⁶⁵, cuál sería la competencia de los Tribunales Colegiados de Circuitos y la del Pleno de la Corte, así como la conceptualización de los derechos humanos.

⁵⁶³ ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) entrevistado por GONZÁLEZ, María de la Luz “*Hace corte tarea de legisladores. El poder judicial de la federación está preparado para aplicar la reforma en materia de amparo, que entra hoy en vigor*”. (<http://www.eluniversal.com.mx/notas/798317.html>), El universal, México, 2011, consultada el 04/10/2011.

⁵⁶⁴ Para ello véase los Instrumentos normativos que modifican los acuerdos generales 05/2001 y 12/2009, Acuerdo General 11/2011, del pleno de la Suprema corte de justicia de la Nación de México, (<http://www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx>), México, consultada el 10/10/2011. La facultad que tiene la SCJN para expedir, dictar o elaborar Acuerdo Generales se encuentra establecida en el artículo 94, párrafo octavo de la CPEUM.

⁵⁶⁵ Acuerdo General número 11/2011, de cuatro de octubre de dos mil once, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 06 de octubre del 2011.

Asimismo se fijaron criterios para que juzgados y tribunales federales pudiesen establecer el interés legítimo de los demandantes, un concepto más amplio al de la ley anterior vigente, que se refería al de interés jurídico, es decir, el derecho de un particular para reclamar mediante un juicio de amparo violaciones a sus derechos⁵⁶⁶.

Además de los requisitos para el otorgamiento de la suspensión — que también se modificaron—, se aplicó de manera directa la Constitución, en el que se tomo como base los criterios de apariencia de buen derecho e interés social.

Los ministros —de la SCJN— LUNA RAMOS, FRANCO GONZÁLEZ SALAS, AGUILAR MORALES y VALLS HERNÁNDEZ, coincidieron en que la Corte suplió la **ausencia** de la Ley de Amparo con acuerdos generales e interpretaciones directas a la Constitución. Sin embargo precisaron que existieron disposiciones que modificaron o que ampliaron ciertos aspectos del juicio de amparo y que no estaban reguladas por la falta de la ley reglamentaria. Destacaron que muchas de las disposiciones constitucionales derivadas de la reforma en materia de amparo no podían tener aplicación, pese a la vigencia de la reforma, porque no existía la ley reglamentaria, y que esa fue la parte medular de la necesidad de contar con esa nueva ley⁵⁶⁷.

Quizá como una de las soluciones hipotéticas para la omisión absoluta de la Ley de Amparo, pudo interponerse un amparo —por cualquier persona teniendo un interés jurídico o legítimo— en el que

⁵⁶⁶ Véase a LUNA RAMOS, Margarita Beatriz, *Las reformas constitucionales en Derechos Humanos y Amparo (México)*, entrevista realizada en Madrid, septiembre 2012, <http://goo.gl/9RwuKa> (consultado el 24-septiembre-2012)

⁵⁶⁷ Véase la entrevista realizada a LUNA RAMOS, Margarita Beatriz; FRANCO GONZÁLEZ SALAS, José Fernando; AGUILAR MORALES, Luis María; y VALLS HERNÁNDEZ, Sergio Armando. (Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la segunda sala) entrevistado por GONZÁLEZ, María de la Luz “*Urge nueva ley de amparo: SCJN. Están sin aplicar varias partes de reforma, afirman ministros*”. (<http://www.eluniversal.com.mx/nacion/192788.html>), El Universal, México, 2012, consultada el 10/01/2012.

bastaba señalar como autoridad responsable al Congreso de la Unión, y como acto reclamado la omisión en la falta de expedición de la Ley de Amparo, puesto que los legisladores eran quienes tenían la obligación de expedirla —o hacer—, al existir un mandato en la reforma constitucional del 6 de junio del 2011.

Así entonces la SCJN podía obligarse a resolver la omisión, en el que debería hacer una interpretación directa de la Constitución Federal, en el que fijaría un plazo al Congreso Federal para resolver sobre la ley de amparo. Para nosotros no hay duda de esta solución, pues la Corte ya había utilizado varios criterios en casos donde decretó la procedencia de la omisiones legislativas —véase los casos analizados en este capítulo—.

4. 1. La nueva Ley de Amparo

La reforma constitucional en materia de *amparo* que se promulgó el 6 de junio del 2011, y hasta el 2 de abril del 2013 se expidió la nueva Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; trajo como consecuencia que, para tener una adecuación integral a este juicio, también se reformaran y adicionaran diversas disposiciones. Entre ellas resaltan, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁵⁶⁸ por tener una relación directa con el amparo.

⁵⁶⁸ En esta reforma también se modificaron la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Todas estas reformas y adiciones se realizaron con la finalidad de integrar debidamente a la nueva Ley de Amparo con las diversas disposiciones en las que tienen relación íntima.

La nueva Ley de Amparo, reitera los lineamientos establecidos en la reforma constitucional del 6 de junio del 2011. Pues, establece que son partes en el juicio de amparo: el quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u *omisión* reclamados, violan los derechos previstos en el artículo 1, de la Ley Amparo, y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico⁵⁶⁹.

Así también estipula que la Federación, los Estados, el Distrito Federal, los municipios o cualquier persona moral pública podrán solicitar amparo por conducto de los servidores públicos o representantes que señalen las disposiciones aplicables, cuando la norma general, un acto u *omisión* los afecten en su patrimonio respecto de relaciones jurídicas en las que se encuentren en un plano de igualdad con los particulares⁵⁷⁰.

Por otra parte determina que, cuando dos o más quejosos reclamen y aduzcan sobre un mismo acto u *omisión* ser titulares de un interés legítimo, o bien en ese mismo carácter reclamen actos u *omisiones* distintos pero con perjuicios análogos, provenientes de la misma autoridad, y se tramiten en órganos jurisdiccionales distintos, cualquiera de las partes podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal que determine la concentración de todos los procedimientos ante un mismo órgano del Poder Judicial de la Federación, según corresponda⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ Ley de Amparo, publicada el 02 de abril del 2013 en el Diario Oficial de la Federación, véase el artículo 5, Fracción I.

⁵⁷⁰ *Op. Cit.* artículo 7, párrafo primero.

⁵⁷¹ *Ibidem*, artículo 13, párrafo segundo.

La sentencia debe contenerlos puntos resolutiveos en los que se exprese el acto, norma u *omisión* por el que se conceda, niegue o sobresea el amparo y, cuando sea el caso, los efectos de la concesión en congruencia con la parte considerativa⁵⁷².

En cuanto a los efectos de la concesión del amparo uno de los motivos será cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una *omisión*, obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija⁵⁷³.

En cuanto a los requisitos de la demanda de amparo indirecto⁵⁷⁴ deberá formularse por escrito o por medios electrónicos en los casos que la ley lo autorice, en la que se expresará la norma general, acto u *omisión* que de cada autoridad se reclame.

Con lo reseñado con anterioridad, consideramos posible que la SCJN y los jueces federales al realizar una interpretación gramatical, integral y directa de la Constitución podrían declarar procedente que, a través del *Amparo* se pueda combatir la omisión legislativa.

5. La reforma en Derechos Humanos

En este punto nuestra intención es sólo comentar que el 10 de junio del 2011, en México se publicó una reforma en Derechos Humanos. A raíz de la misma, apreciamos que procederán las omisiones absolutas respecto de la Constitución Federal al confrontarla con los tratados internacionales reconocidos por México.

Aseveramos lo anterior, pues, en la actualidad con las reformas sobre la *Ley de Amparo* y de *Derechos Humanos* se dan estos supuestos.

⁵⁷² *Ibidem*, artículo 74, fracción IV.

⁵⁷³ *Ibidem*, artículo 77 fracción II.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, artículo 108, fracción IV.

El primer argumento, porque en la Constitución Federal se estableció que los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales, actos u **omisiones** de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y otorgadas para su protección, así como de los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte⁵⁷⁵. El segundo, a razón que dispone, todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, y para su protección, los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia⁵⁷⁶.

De lo anterior, insistimos que al dar una protección más amplia, es probable que algunos Derechos Humanos no se encuentren en la Constitución Federal, sino en los convenios y tratados internacionales ratificados por México. Esto significa que muchos quejosos pueden solicitar amparos, en el que argumenten la omisión de esos derechos humanos no reconocidos en la Constitución y si contemplados en un tratado internacional, así los jueces realizarían un *control convencional de las omisiones legislativas*.

⁵⁷⁵ Artículo 103, fracción I de la Constitución Mexicana, sobre la reforma de la ley de amparo publicada el 06 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación. “Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: . . . I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;”

⁵⁷⁶ Artículo 1, párrafo primero y segundo, de la Constitución Mexicana, sobre la reforma de Derechos Humanos publicada el 10 de junio del 2011, en el Diario Oficial de la Federación. “De los Derechos Humanos y sus Garantías, Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

En este sentido BIDART CAMPOS argumenta que, ante el curso actual del derecho internacional de los derechos humanos, y de los sistemas que abren el acceso a una jurisdicción supraestatal, hemos de afrontar los incumplimientos en que, por omisión, puede incurrir el Estado en relación con tratados de derechos humanos en los que se ha hecho parte. El ingreso de dichos tratados al derecho interno, con independencia de la jerarquía que en él se les reconozca respecto de la Constitución, irroga obligación y responsabilidad internacional si se les viola. Y un modo de violarlos se consuma por omisión, la que internacionalmente nunca exime la responsabilidad estatal, aun cuando esa omisión se intente justificar en el derecho interno⁵⁷⁷.

Por consiguiente, hoy podemos decir que las omisiones inconstitucionales no limitan su importancia al campo del derecho constitucional, sino que se proyectan al del derecho internacional. Cabría agregar que, en este segundo plano, tampoco quedan recluidas en el derecho internacional de los derechos humanos porque, a la vez, atañen al derecho de la integración y al derecho⁵⁷⁸ en Iberoamérica.

5.1. Recomendaciones y condenas de México: La Comisión y Corte Interamericana

La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han jugado un papel importante para que, en tiempos actuales podamos referirnos al concepto de las omisiones legislativas, en el ámbito internacional latinoamericano. En casos que atañen a México, encontramos diversos asuntos que valen la pena describirlos.

⁵⁷⁷ BIDART CAMPOS, Germán J. Germán J. *El derecho de la Constitución ...*; también "Algunas Reflexiones sobre ... *Cit.* nota número 90, Pág. 6. También véase el epígrafe 3 del capítulo III.

⁵⁷⁸ *Idem*

a). *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. A manera de ejemplo sobre recomendaciones y condenas que ha tenido el Estado mexicano en omisiones, RANGEL HERNÁNDEZ⁵⁷⁹ destaca, que en el informe sobre la situación de los derechos en México, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo las siguientes recomendaciones:

“700. Que adopte las **medidas necesarias para reformar la legislación penal mexicana**, a los fines que se consagre dentro de ella el delito de desaparición forzada. — Observación respecto al capítulo del derecho a la vida—.

709. Que regule adecuadamente el principio de libertad del imputado durante el proceso, **reglamentándose taxativamente los casos de excepción**, conforme a las directrices establecidas por la CIDH. —Derecho a la libertad personal—.

728. Que adopte las medidas necesarias para que **se dicte a la brevedad posible la legislación reglamentaria del artículo 21 de la Constitución mexicana**, a fin de hacer efectivas las garantías judiciales y de protección judicial consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. —Derecho a la justicia—.

740. **Que adopte las medidas necesarias para que la reglamentación del derecho a votar y ser votado, contemple el acceso más amplio y participativo posible de los candidatos al proceso electoral**, como elemento de consolidación de la democracia. —Derechos políticos—.

⁵⁷⁹ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría ... Cit.* nota número 14, Págs. 97 y 98

743. Que **dicte una reglamentación precisa a fin de auditar los fondos financieros de los partidos políticos** en forma efectiva”⁵⁸⁰. —Derechos políticos—.

b). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Aquí describimos 2 asuntos resueltos por la CIDH, los cuales solo son un *botón de muestra*.

1). Respecto a las condenas que México ha tenido, destaca el caso **Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Este asunto derivó del amparo en revisión 743/2005, resuelto por la SCJN y promovido por Jorge Castañeda Gutman. En ese amparo el quejoso reclamó, entre otras cosas, la omisión imputable al Congreso de la Unión consistente en la falta de expedición de normas que reglamentaran la posibilidad de que los ciudadanos tuviesen acceso a un cargo de elección popular como candidatos independientes⁵⁸¹. Al declarar la SCJN improcedente el estudio del caso, éste acudió ante la Corte Interamericana.

Con estos antecedentes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que México violó en perjuicio de la víctima *el derecho a la protección judicial* consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1. y 2 de la misma, y consecuentemente como reparación determinó que:

“6. El Estado debe, en un plazo razonable, **completar la adecuación de su derecho interno a la Convención**, de tal forma que **ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano** de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que

⁵⁸⁰ Confróntese el documento OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1, Septiembre 24, 1998, (<http://www.cidh.org/countryrep/Mexico98sp/capitulo-11.htm>) consultada el 16/02/2010.

⁵⁸¹ Véase *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Caso Castañeda*, México, núm. 13, 2006.

mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido, en los términos de los párrafos 227 a 231 de la presente sentencia⁵⁸².

2). En el caso **Rosendo Radilla Pacheco**, el Estado mexicano es responsable de la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, consagrados en los artículos 7.1, 5.1, 5.2, 3 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar y garantizar contenida en el artículo 1.1 de la misma y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y como reparación determinó que:

10. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 337 a 342 de la presente Sentencia.

11. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en los términos de los párrafos 343 a 344 de la presente Sentencia⁵⁸³.

En el caso Radilla existió una *omisión absoluta a las garantías individuales por parte del Estado mexicano*, porque para declarar la inexistencia del delito por el que se le acusaba a México, el Estado

⁵⁸² Véase la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 6 de agosto de 2008, (http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=20) consultada el 19/02/2010.

⁵⁸³ Caso Radilla Pacheco VS México. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=20) Consultada el 21/02/2012.

mediante decreto derogó en la Constitución Federal el tipo penal *de violación a las garantías individuales*, con esa actitud el Estado trató de buscar a toda costa quitarse la responsabilidad y demás consecuencias ante la Corte Interamericana.

Recalcamos que tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos recuerdan a los Estados, la obligación que tienen de efectivizar los derechos derivados del pacto de derechos humanos, adoptando para ello las medidas que sean pertinentes para adecuar su marco normativo interno a dichos instrumentos internacionales⁵⁸⁴.

6. La doctrina actual de la SCJN: estimación de las omisiones a través de las sentencias interpretativas

A la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como “máximo intérprete de la Constitución”⁵⁸⁵, se le ha conferido *el deber* de vigilar a la Constitución Federal, a través de los diferentes medios de control de la constitucionalidad, y de esta manera no sea vulnerado el orden supremo que la misma previene.⁵⁸⁶ Esta encomienda muchas veces se realiza con las *sentencias interpretativas*.

⁵⁸⁴ Véase el epígrafe 3, inciso C, III del capítulo III de este trabajo, sobre la Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, párrafo 26. Sobre ello Rangel Hernández considera que este imperativo es en la inteligencia y se traduce en tres tipos de acciones: 1) de modificación o reforma a la legislación existente; 2) de promulgación de legislación nueva que cubra los lineamientos dictados por dichos pactos; y 3) de abstención en la expedición de leyes contrarias a ellos. A su juicio, la falta de observación de las dos primeras actualiza lo que denomina omisión legislativa a nivel trasnacional. RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría ... Cit.* nota numero 14, Págs. 98 y 99. Véase también a SANTOS FLORES, Israel, *Op. Cit.* Pág. 139

⁵⁸⁵ Tesis jurisprudencial P./J. 93/2006, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XXIV, Correspondiente al mes de agosto de 2006, pág. 5.

⁵⁸⁶ Tesis jurisprudencial P./J. 130/99, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo X, correspondiente al mes de noviembre de 1999, pág. 793. (*Cursivas más*).

En la jurisprudencia mexicana encontramos que no existe una definición de las *sentencias interpretativas*, sin embargo FIGUEROA MEJIA considera que, en cierto modo todas las sentencias que pronuncia la SCJN en el control abstracto de inconstitucionalidad son interpretativas —aunque nosotros creemos que en las controversias constitucionales y juicios de amparo se da este supuesto—, pues resulta imprescindible que al resolver el juicio de constitucionalidad, realice una interpretación tanto del contenido del precepto sometido a control, como de la Constitución, según la cual dicha ley ha de ser medida. Estas sentencias son denominadas por la propia SCJN como *de interpretación conforme*⁵⁸⁷.

A manera de comparación, en España, el Tribunal Constitucional ha justificado en determinados supuestos, la legitimidad del uso de las sentencias interpretativas, estableciendo que las mismas tienen por objeto el establecimiento del sentido y significación del texto, de manera que el Tribunal⁵⁸⁸ “[...] puede establecer un significado de un texto y decidir que es conforme con la Constitución. No puede en cambio tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en el texto, para concluir que ésta es la norma constitucional”⁵⁸⁹.

En México, como se evidencia con el análisis de casos, criterios jurisprudenciales y las sentencias que derivan de ellas, podemos desvelar que las técnicas o soluciones que ha utilizado la SCJN en las controversias constitucionales, acción de inconstitucionalidad y el juicio de amparo, —como mecanismos de control de la constitucionalidad—,

⁵⁸⁷ Véase FIGUEROA MEJÍA, Giovanni Azael, *Las sentencias constitucionales atípicas en el ...* Cit. nota 3, Pág. 270, No obstante, este autor cree más conveniente seguir refiriéndose a ellas como *sentencias interpretativas en sentido estricto*, ya que este término se revela como más adecuado para englobar no sólo las sentencias que eligen la interpretación conforme con la Constitución —como parece dar a entender el término de la Suprema Corte—, sino también aquéllas que determinan qué interpretación o interpretaciones quedan descartadas por ser reputadas como inconstitucionales.

⁵⁸⁸ Así resalta FIGUEROA MEJIA. *Ibidem*, Pág. 29

⁵⁸⁹ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4.

ha sido principalmente mediante las *sentencias interpretativas*, en las modalidades *de invitaciones al legislador sin concesión de plazos y con concesión de plazos; de amonestación al legislador; y aditivas*.

De esta suerte la Corte al actuar como el *intérprete supremo de la Constitución*, ha subsanado o corregido las omisiones legislativas con estas sentencias⁵⁹⁰.

En España, algunos autores consideran que, tal parece la fórmula más adecuada para declarar la inconstitucionalidad por omisión de la ley, es la técnica de las *sentencias parcialmente desestimatorias genéricas*, que únicamente señalan en sus fundamentos que el enunciado legal es constitucional siempre que no se deduzca de su silencio la norma implícita contraria a la Constitución⁵⁹¹.

Un dato a destacar y se hace necesario puntualizar es que, la SCJN ha resuelto más asuntos sobre *omisiones legislativas*, en contraste con los tribunales o salas constitucionales —*jurisdicción constitucional estatal*— de las entidades federativas⁵⁹² que, contando expresamente con una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, no han conocido de manera significativa, sobre este tipo de asuntos.

Insistimos que a nuestro parecer las *sentencias interpretativas* son la vía idónea para la solución de las omisiones legislativas en el sistema federal de México, y no la de incorporar el mecanismo a la Constitución.

⁵⁹⁰ Astudillo recalca que “En la Constitución Federal de México, no se estipula una específica “acción” para impugnar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, por lo que la SCJN se ha visto en la necesidad de determinar los instrumentos procesales a través de los cuales es factible advertir la inercia del legislador”, ASTUDILLO REYES, César, “La inconstitucionalidad por ... *Cit.* nota 19, Pág.316.

⁵⁹¹ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad ... Cit.* nota 2, Pág. 200

⁵⁹² Véase la recapitulación numero siete, del capítulo V de este trabajo. Allí se describe la estadística de asuntos sobre omisiones, resueltos por las Salas o Tribunales Constitucionales Estatales.

7. Recapitulación

Uno. En este capítulo se han analizado casos de *omisiones legislativas* resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y el Amparo. La finalidad ha sido evidenciar y hacer hincapié que la Corte posee criterios jurisprudenciales sobre este tema. Dicho esto, la jurisprudencia consolidada y que ha servido para declarar la procedencia de las omisiones es la denominada **“omisiones legislativas, sus tipos.”**

Importante es resaltar que en la sentencia de la Controversia Constitucional 80/2004 **“Servicios públicos municipales. Omisión legislativa del Congreso del Estado de Chihuahua”**⁵⁹³, la Corte estableció una definición de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, misma que ya ha sido descrita en el capítulo I de este trabajo.

Dos. Del análisis de casos de las omisiones, podemos encuadrarlas básicamente —según la jurisprudencia *“omisiones legislativas, sus tipos”*— de la siguiente manera:

Dos asuntos de *omisiones absolutas* resueltas a través de las *controversias constitucionales*, dentro de la clasificación en el ejercicio de una facultad o competencia de ejercicio obligatorio.

⁵⁹³ Véase el considerando séptimo de esta sentencia; así también la Sentencia localizable con el número de registro: 19305, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Enero de 2006, Página: 2067. “SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES. LA OMISIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA RESPECTO DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN QUE EN LA MATERIA IMPONE EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DE LA REFORMA DE 1999 AL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, VULNERA TANTO AL CITADO DISPOSITIVO TRANSITORIO COMO EL PROPIO PRECEPTO CONSTITUCIONAL”.

Un caso de *omisión absoluta* con la *acción de abstracta de inconstitucionalidad*, que se clasifica en facultad o competencia de ejercicio obligatorio.

Un asunto de *omisión absoluta* en el *juicio de amparo*, clasificable en competencia de ejercicio obligatorio.

Ningún asunto de omisión relativa en *juicio de amparo*.

Cuatro asuntos de *omisiones relativas* falladas a través de las *controversias constitucionales*, que se encuadran dentro de la clasificación en facultad o competencias de ejercicio obligatorio.

Un caso de *omisión relativa* en la *acción de abstracta de inconstitucionalidad*, clasificable en facultad o competencia de ejercicio potestativo.

Seis casos de *omisiones relativas* resueltas a través de la *acción de abstracta de inconstitucionalidad* que se encuadran en la facultad o competencia de ejercicio obligatorio.

Por consiguiente obtenemos un total de 15 casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación —tanto en omisiones absolutas como relativas—. Véase el punto 3.3. *Una clasificación de las omisiones según la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, de este capítulo.

Tres: A partir de los diversos casos abordados y resueltos por la Suprema Corte parecería que todo esta solventado sobre esta técnica. Pero, no es cierto, ya que por la conformación de la Corte que consta de 11 ministros, una minoría de ellos no aceptan la procedencia de las omisiones. Así, el criterio actual de la Corte es ambiguo al sostener la inviabilidad de cualquier medio de control —acción abstracta de inconstitucionalidad, controversia constitucional y juicio de amparo—. Algunos ministros destacan el argumento que, la Constitución no regula de manera expresa a las omisiones, ante esto la Corte carece de

facultades expresas para conocer de las omisiones, puesto que implica trastocar la división de poderes⁵⁹⁴.

Cuatro: Sobre el argumento anterior, que la Constitución no regula de manera expresa a las omisiones legislativas. Obsérvese como en México existe la tendencia y quizá podríamos decir una larga tradición de hacer de la Constitución una norma reglamentaria. Por ejemplo, diversos autores lo han puesto como punto a discutir, entre ellos, SOBERANES quien repara en el sentido *"se ha venido desarrollando una técnica legislativa poco conveniente, pues los preceptos constitucionales, en vez de ser muy generales, abundan en especificidades, con el vano propósito de darles mayor firmeza"* ⁵⁹⁵. También FIX-ZAMUDIO, reflexiona en el sentido que uno de los errores más frecuentes en la técnica legislativa constitucional es la incorporación a las constituciones de preceptos excesivamente reglamentarios que con frecuencia carecen de la naturaleza de normas materialmente constitucionales, por lo que es aconsejable que las disposiciones fundamentales establezcan únicamente los lineamientos generales y después estos sean desarrollados por leyes reglamentarias⁵⁹⁶.

Cinco: Destacamos que de los asuntos analizados y resueltos por la SCJN⁵⁹⁷ en los que ha procedido esta técnica —hasta antes de la reforma constitucional de junio de 2011 ⁵⁹⁸—, el estudio de las

⁵⁹⁴ BAEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por ...* Cit. nota numero 81, Pág. XVI

⁵⁹⁵ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. "Para avanzar en el amparo, hay que reformar el artículo 107 constitucional", *80 aniversario homenaje Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México, UNAM, 1997, Pág. 251

⁵⁹⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano. Las leyes orgánicas", *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 2000, Pág. 201.

⁵⁹⁷ También podemos decir, con sus debidas matizaciones, que la mayor parte de los casos resueltos corresponden a *derechos civiles y políticos*.

⁵⁹⁸ Hasta 2015, continua resolviéndose los asuntos con esta tendencia.

omisiones se ha realizado a través de las *sentencias interpretativas* como única vía a nivel federal. Consideramos es la idónea o adecuada, y no la corriente de incorporar a este mecanismo a la Constitución Federal.

Seis: Con la reforma constitucional de la Ley de Amparo, adminiculada a la de derechos humanos, prácticamente podemos concluir que habrán casos de omisiones absolutas respecto a la Constitución Federal, ya que los *Derechos Humanos se interpretarán* para su protección de conformidad con ésta y los tratados internacionales de la materia, en la que se favorecerá en todo tiempo a las personas con la interpretación más amplia; decisión contundente puesto que muchos Derechos Humanos se podrían encontrar reconocidos en los tratados internacionales y no necesariamente en la Constitución Federal.

CAPÍTULO V LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ESTATAL EN MÉXICO: TLAXCALA, NAYARIT, COAHUILA. EN ESPECIAL CHIAPAS

Introducción

En este capítulo describimos al movimiento denominado *Justicia Constitucional Local en México* —desde nuestra perspectiva debe llamarse *Jurisdicción Constitucional Estatal*⁵⁹⁹— en los Estados de Tlaxcala, Nayarit, Coahuila, y Chiapas —hacemos énfasis en el modelo previsto en Chiapas—.

Para el mejor orden, primero analizamos los Estados de Tlaxcala, Nayarit y Coahuila, por ser los únicos Tribunales que han resuelto asuntos sobre omisiones legislativas⁶⁰⁰. Recordemos que en el capítulo I de este trabajo, delimitamos que pretendemos evidenciar a las omisiones, con casos concretos, independientemente del modelo previsto en estas constituciones estatales.

⁵⁹⁹ Como ya lo hemos anotado en el capítulo I de esta investigación, debe denominarse "*Jurisdicción Constitucional Estatal*". Por ello este apartado lo titulamos así. De nueva cuenta dejamos claro que no consideramos pertinente polemizar sobre esta cuestión por no ser el objeto de estudio en este trabajo. Véase a GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (Coords.), *La justicia constitucional en la entidades federativas*, México, Porrúa, 2006; También a FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y VEGA HERNÁNDEZ, Rodolfo (Coord.) *Justicia Constitucional Local*, México, FUNDAP, 2003; ASTUDILLO REYES, César, *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004; BUSTILLOS, Julio, *La Justicia constitucional en México* (análisis de la resoluciones judiciales en materia constitucional)), UNAM, México, 2009; MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso, "Justicia constitucional en Chiapas", en FERRER MACGREGOR, Eduardo (Coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002, T. IV, Págs. 3, 837 y Ss; SIERRA SÁNCHEZ, Luís Alfredo, "La justicia constitucional en el Estado de Chiapas (descripción de los medios de control constitucional adoptados en 2002)", en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (Coords.), *Op. Cit.*

⁶⁰⁰ A *contrario sensu*, omitimos entrar al estudio de los Estados de Veracruz, Quintana Roo, Querétaro, y Yucatán por no tener casos resueltos.

Posteriormente estudiaremos la *acción por omisión legislativa* prevista en la Constitución del Estado de Chiapas, porque allí a la herramienta se dota con elementos muy superiores respecto a las demás entidades federativas⁶⁰¹.

La *jurisdicción constitucional estatal* es un tema de debate en México que presenta muchas aristas, una de ellas plantea enfocar otro ángulo en la propuesta de un *nuevo federalismo*. Debe entenderse como la posibilidad que los Estados de la República puedan resolver sus problemas constitucionales en el marco de sus instancias jurisdiccionales sin tener que recurrir al Poder Judicial Federal⁶⁰².

Por ejemplo, existe un ámbito de libertad estatal que con responsabilidad deben desarrollar los Estados en aras de un constitucionalismo moderno. Muchos son los temas que los constituyentes locales pueden discutir en beneficio del pueblo mexicano, esta es una de las ideas principales que con mayor insistencia se plantean⁶⁰³ en la *jurisdicción constitucional estatal*.

Esta razón ha motivado que en diversos foros la comunidad jurídica se haya pronunciado a favor que los Estados de la República posean su propia jurisdicción constitucional para dirimir sus conflictos de régimen interno. Así, en las entidades federativas deben existir jueces locales que protejan su Constitución y, por tanto, que la justicia

⁶⁰¹ En contraposición a estos modelos constitucionalizados, hemos visto en el capítulo III y IV de este trabajo que, cuando “no existen acciones específicas, se recurre a los tradicionales instrumentos de control de constitucionalidad para combatir las omisiones inconstitucionales del legislador. Esto ha propiciado la tendencia contemporánea de los tribunales constitucionales a realizar un “activismo judicial” (en algunos casos positivo, en otros no tanto), que ha dado lugar a las “sentencias atípicas” mediante interpretaciones constitucionales dinámicas”. BAEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por ... Cit.* nota numero 81, Pág. XV

⁶⁰² Durante los últimos años, distintos juristas se han ocupado de establecer principios e instituciones que permitan redefinir las decisiones político-fundamentales para el México del siglo XXI. Véase el Prólogo de Enrique MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, *Justicia Constitucional Local*, FERRER MAC- GREGOR, Eduardo y VEGA HERNÁNDEZ, Rodolfo (Coord.) *Justicia ... Cit.* en nota numero 599, Pág. 9

⁶⁰³ *Ibidem*, Pág. 9 y 10

constitucional federal resuelva los conflictos constitucionales que trasciendan a la vida nacional⁶⁰⁴.

Para robustecer estas reflexiones relativo a la *jurisdicción constitucional estatal*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado que resulta válido establecer un tribunal y un sistema de medios para el *control constitucional local*, que tenga por finalidad controlar y exigir judicialmente la forma de organización de los Poderes estatales, en cuanto a su régimen interior y la promoción, respeto a la protección y garantía de los derechos humanos, en el ámbito del orden estatal, en términos del artículo 1o. de la Constitución Federal⁶⁰⁵.

Desafortunadamente por razones históricas, sociales y políticas, México se ha desarrollado con un modelo de organización centralista. Así, el poder central ha mantenido, entre muchas otras cosas, la unidad jurídica nacional; desde el siglo XIX a la fecha, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha encargado de dirimir los conflictos de interpretación constitucional⁶⁰⁶.

Por eso, hoy en día, cuando la convivencia plural afianza las raíces democráticas, el centralismo judicial es también modelo a revisar para adecuarlo a la nueva realidad que estamos viviendo. En otras palabras, los Estados también pueden contribuir en la democratización

⁶⁰⁴ *Ídem*

⁶⁰⁵ Véase detenidamente la sentencia de la Acción de inconstitucionalidad 8/2010, así también la jurisprudencia que se derivo en este asunto, intitulada CONTROL CONSTITUCIONAL LOCAL. ES VÁLIDO ESTABLECER UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y UN SISTEMA DE MEDIOS PARA EXIGIR LA FORMA DE ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES Y LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO ESTATAL. Época: Décima Época, Registro: 2001870 , Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 23/2012 (10a.), Página: 288 Acción de inconstitucionalidad 8/2010. Procurador General de la República. 22 de marzo de 2012.

⁶⁰⁶ MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, Enrique, *Op. Cit.* Pág. 10

del ejercicio del poder, a partir de jueces constitucionales que salvaguarden su estado de derecho⁶⁰⁷.

Ahora bien, como crítica a estas intenciones, cabe decir que todavía no han funcionado. En la *realidad política los Gobernadores de los Estados tienen cooptados*⁶⁰⁸ a todos los poderes, fenómeno que en el argot periodístico-político algunos autores han denominado el *virreinato de los gobernadores en los Estados*. Por ejemplo, PORTAL MARTÍNEZ asegura que —sin distingo de partidos— los gobernadores de los Estados tienen “controlados” a sus órganos fiscalizadores, lo que impide una rendición de cuenta eficaz. También reconoce que actualmente hay “impunidad” en México, y la manera para avanzar es el ámbito educativo, para que con el paso del tiempo se pueda acabar con este fenómeno⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ *Ibídem*

⁶⁰⁸ Véase como el ex presidente del Instituto Federal Electoral de México ha referido que es necesario “Combatir la intromisión de los gobernadores [...] habría que considerar nacionalizar los poderes legislativos porque algunos de ellos también son *cooptados* políticamente por los gobernadores... Si los gobernadores intervienen en los procesos electorales de sus entidades se debe a los recursos que usan y que no son fiscalizados; si los gobernadores son capaces de meter mano en la designación de consejeros electorales es porque tienen *cooptados* a los congresos locales que son los que eligen (y eso lo logran con recursos e inclusive con pagos paralelos y hasta sobornos a los diputados de sus entidades). De tal forma que el nombre del problema es dinero, no las burocracias electorales”. UGALDE, Luis Carlos, INE: Populismo electoral, en *animal político*, 21 de octubre/2013 <http://goo.gl/Nm4MLO> (consultado 22/marzo/2015)

⁶⁰⁹ También recalca que otros aspectos a destacar en cuanto a los Estados, es que *no hay una independencia de los entes fiscalizadores Estatales*, desafortunadamente no ha caminado la cultura de la fiscalización al ritmo que lo ha hecho la Auditoría en los Estados. Destaca que prácticamente están casi comandados por el gobernador, aunque dependen y los nombran el Congreso local, las instrucciones y la cercanía, influencia y el ambiente que se da en los estados hace muy difícil la labor de un auditor superior; si hiciera público todo, pues lo quitan, y no sólo es que lo quiten, sino que no puede conseguir trabajo y sus hijos y esposa viven y trabajan en esa comunidad, es muy complicado. *También hay Estados con debilidad en sus Congresos, en muchos estados el gobierno en turno tiene influencia en los Congresos*. PORTAL MARTÍNEZ, Juan Manuel, Titular de la Auditoría Superior de la Federación, “En estados, gobernadores influyen en la fiscalización” Entrevistado por Horacio Jiménez, *El Universal*, México, (Consultado el 23 de febrero de 2015)

Veamos si dichos jueces estatales podrán ser actores importantes en la solución de los conflictos internos de cada entidad federativa a fin de que no sea el Poder Judicial central —Federal— el que siga resolviendo los problemas constitucionales locales. Si los Estados pretenden buscar fórmulas nuevas que les permitan desde su ámbito desarrollar una nueva doctrina constitucional, la *Jurisdicción Constitucional Estatal* es una institución clave para avanzar en ello⁶¹⁰.

Al extraer alguna propuesta, quizá la inconstitucionalidad por omisión legislativa a través de la *jurisdicción constitucional estatal* podría ser una válvula para fortalecer la división de poderes en los Estados, y con ello apuntalar al federalismo mexicano.

1. Jurisdicción Constitucional Estatal en México

Una de las novedades en el Derecho Procesal Constitucional a partir de los años setenta del siglo XX, consistió en habilitar mecanismos procesales específicos para que atendieran a la irregularidad constitucional de las omisiones, con grados diversos, contenidos y variables, como hemos visto lo que sucedió en la antigua Yugoslavia, Portugal, Brasil y Venezuela; también en el sector que varios académicos han denominado el “*derecho procesal constitucional local*”. Ejemplo de ello sucede en Argentina —provincia de Río Negro—, Brasil —Río Grande do Sul y Santa Catarina— o en México —Chiapas, Coahuila, Quintana Roo, Tlaxcala, Veracruz, Querétaro, Nayarit y Yucatán—⁶¹¹, solo por citar algunos.

⁶¹⁰ MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, Enrique, *Op. Cit.* Pág. 10

⁶¹¹ BAEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por ... Cit.* nota numero 81, Pág. XIV y XV. Este autor considera que sólo el caso de Tlaxcala ha tenido cierta actividad. En nuestro trabajo desvelamos que también Nayarit y Coahuila están resolviendo asuntos sobre omisiones.

Así en México, a partir del año 2000 en las entidades federativas se gestó un movimiento⁶¹² denominado *jurisdicción constitucional estatal*, el Estado de Veracruz fue el primero que lo introdujo a su Constitución. Esta corriente implementó diversos mecanismos de control de la constitucionalidad, como son las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, *acciones por omisión legislativa — inconstitucionalidad por omisión legislativa—*, cuestión de inconstitucionalidad, amparo local, control difuso, entre otros.

Esta corriente destaca, en el sentido que es un fenómeno reciente y no tiene más de una década y media de su existencia.

A continuación describiremos el modelo de la inconstitucionalidad por omisión legislativa prevista en Tlaxcala, Nayarit y Coahuila; justificamos su descripción por ser los únicos Estados que han resuelto contenciosos sobre esta técnica.

1.1. Tlaxcala

La inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución de Tlaxcala⁶¹³ se encuentra regulada en el artículo 81, fracción VI, en la que se le denomina “*acciones contra la omisión legislativa*”. Estas son imputables como sujetos pasivos, al Congreso, Gobernador y Ayuntamientos o Concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos

⁶¹² Los primeros Estados de México que incorporaron este movimiento a sus constituciones fueron Veracruz en el año 2000, Coahuila y Tlaxcala en el 2001, y Chiapas en el 2002, véase a ASTUDILLO REYES, César, *Ensayos de justicia constitucional en ... Cit.* nota 599, Pág. XXV

⁶¹³ BUSTILLOS, Julio, *La Justicia constitucional en ... Cit. en nota número 599*, Pág. 99. Este autor considera que Coahuila y Tlaxcala, son los únicos Estados donde se observa la eficacia práctica de las aludidas acciones. En esa monografía estudia a las acciones por omisión legislativa en las que expone algunas de sus características, así como un breve análisis de las resoluciones que han emitido los órganos constitucionales respectivos. Ahora bien, en nuestra investigación demostramos que también el Estado de Nayarit ha tenido actividad jurisdiccional.

de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las leyes.

El ejercicio de ésta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el Estado.

Al admitirse la demanda, se ordenará correr traslado a la responsable y al Director del Periódico Oficial del Gobierno del Estado, para que rindan sus informes. Se celebrará una audiencia de pruebas y alegatos e inmediatamente después se dictará la resolución correspondiente. De verificarse la omisión legislativa, se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta sentencia, será motivo de responsabilidad.

Aquí cabe la posibilidad de preguntarnos ¿qué tipo de responsabilidad? si existiera responsabilidad, ¿qué sanción se le dará a la autoridad responsable? Quizá podría dar la oportunidad para pensar en una *responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, o responsabilidad directa de los legisladores. La Constitución y la Ley reglamentaria no mencionan nada respecto de esta problemática.

Como respuesta general a las preguntas anteriores, AMEZCUA considera que el tipo de responsabilidad que se puede otorgar a las autoridades administrativas por omisión es distinta a la del órgano legislativo⁶¹⁴.

En ese mismo sentido también podría considerarse un error que la Constitución de Tlaxcala determine que se pueda ejercitar la acción por omisión legislativa atribuible al Gobernador, los ayuntamientos y

⁶¹⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por ...* Cit. nota 2, Pág. 93, señala que tampoco es un acierto el que se pueda configurar una omisión legislativa ante lo ordenado por una ley, pues en este caso más bien se trataría de una ilegalidad por omisión, distinta a la omisión legislativa. Véase también a AMEZCUA ALCALA, Luis Edgardo, *Problemas constitucionales ...* Cit. nota número 40, Pág. 115

consejos municipales, ya que el único que puede desarrollar el texto constitucional, es el Congreso del Estado.

Como un paréntesis, y para dejar constancia en relación a la obtención de las 6 sentencias sobre omisiones, resueltas por el Tribunal de Tlaxcala que describiremos en este apartado, puntualizamos lo siguiente: primero, las sentencias fueron solicitadas a través del portal de información y acceso a la información pública, del Tribunal de Superior de Justicia, y no entregaron la información requerida. Segundo, ante ello fue necesario interponer el recurso de revisión 01/2012-P-1, por conducto de la Comisión de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de Tlaxcala. Tercero, el tiempo total que transcurrió para obtener toda la información fue aproximadamente de 12 meses —de noviembre del 2011 a noviembre del 2012—⁶¹⁵.

a) Realizado los comentarios anteriores entramos a describir los casos, y como primer asunto⁶¹⁶ tenemos el denominado **“omisión en la reglamentación para la consulta popular, referéndum, y plebiscito”**, —acción contra la omisión legislativa 01/2004—. En ella un ciudadano tlaxcalteca acudió al órgano de control constitucional local para denunciar la omisión legislativa consistente en que no se habían expedido las leyes o reglamentos que regularan los procesos de consulta popular, referéndum, y plebiscito, si bien existía el Código de Instituciones y Procedimientos Electorales, éste omitía el desarrollo de dichas figuras.

El pleno del Tribunal Superior de Justicia actuando como órgano de control de constitucionalidad consideró que las autoridades

⁶¹⁵ En esta fecha fue dictada la resolución final del recurso de revisión 01/2012-P-1.

⁶¹⁶ Los descriptores acuñados a las sentencias están diseñados —como todos los casos expuestos en este trabajo— con la intención de llamar la atención o despertar el interés del lector, además, para hacer más sencillo la identificación de las mismas, agilizar la lectura, pues, generalmente las sentencias suelen tener nomenclaturas complejas.

demandadas —Gobernador, Congreso, Secretario de Gobierno, Oficial Mayor de Gobierno y Director de Periódico Oficial de Gobierno, todos de ese Estado—, no observaron las atribuciones consagradas en la Constitución Política local, toda vez que hasta esa fecha no se encontraba expedido la Ley reglamentaria, lo que afectaba al actor en el sentido de vedar el derecho que tenía como ciudadano para ejercitar las prerrogativas que le otorgaba la propia Constitución local.

En cuanto a los efectos de la sentencia, se concedió a las autoridades demandadas *un término que no excediese de tres meses*⁶¹⁷ *para expedir la norma jurídica*.

La sentencia emitida en este contencioso puede clasificarse como de “invitación al legislador con concesión de plazos”.

b). El litigio **“Inexistencia del reglamento interior del Órgano de Fiscalización Superior y diversas reglas técnicas”**, —acción contra la omisión legislativa número 02/2004— fue promovido por un síndico Municipal del Ayuntamiento de Chiautempan, Tlaxcala. Él argumentó diversas omisiones y consideró que principalmente se debía determinar sobre:

1. La elaboración de la contabilidad gubernamental.
2. La contratación y habilitación de auditores externos.
3. Normar en lo referente a la actuación, realización de trabajos de auditoria y presentación de informes de los auditores externos.
4. La auditoria gubernamental.
5. La realización de la revisión de la cuenta pública.
6. y finalmente, efectuar la fiscalización superior.

⁶¹⁷ Véase la parte final del considerando quinto, así como el resolutivo dos de esa sentencia.

El Tribunal al resolver constató que, el Órgano de Fiscalización Superior no había expedido el reglamento interno, a que se refería el artículo tercero transitorio de la Ley de Fiscalización Superior para el Gobierno de Tlaxcala. Argumentó que el reglamento del que se pedía su expedición, si tenía una razón de ser, porque ayudaría a los órganos fiscalizables, así como a los Ayuntamientos y habitantes de la colectividad, conocer con plena certeza y exactitud sobre los mecanismos para calcular sus cuentas, también las reglas técnicas para rendir el balance gubernamental; reglamentación que desde luego estaría encaminada hacia los distintos ayuntamientos municipales y otros órganos que conforman la estructura del Estado; al punto de poder sostener que la creación del reglamento es una herramienta que obliga a establecer la forma y procedimientos que habrían de seguirse para fiscalizar las cuentas públicas de los distintos entes de la función pública, lo que permitía al Tribunal ordenar su elaboración, aprobación y publicación en términos de la Ley de Fiscalización Superior de ese Estado.

Con relación a la omisión sobre las reglas técnicas, éstas en estricto sentido también tenían su razón de ser, porque su utilidad son fuente de información actualizada sobre la organización y atribuciones de la estructura del Órgano Técnico de Fiscalización, cuya finalidad es la de aportar los métodos modernos para la organización administrativa. Por ende, las reglas que se citaban si eran fuente de competencia, porque de acuerdo con el sistema legal vigente, los órganos administrativos y sus atribuciones deben recogerse, en principio en los reglamentos interiores, siendo una facultad que otorga la ley al titular del Órgano de Fiscalización Superior, para establecer las normas y procedimientos en los términos señalados en la ley de Fiscalización Superior de Tlaxcala.

El Tribunal procedió a condenar a las autoridades demandadas — Gobernador, Congreso y Auditor Superior del Órgano de Fiscalización

todos de ese Estado—, para que procedieran en la elaboración, aprobación y publicación del Reglamento, así como también sobre las normas técnicas omisas. Concediéndoles un plazo de noventa días contados a partir del instante en que se les notificase esa resolución⁶¹⁸.

Aquí podemos apreciar que en este litigio, el órgano resolutor emitió una *sentencia aditiva*, en la que *el intérprete supremo de la Constitución* actuó como *paralegislador, colegislador* o con una *función paralegislativa*.

c). El contencioso constitucional **“Omisión en la expedición del Reglamento de la Ley de Comunicaciones y Transportes”**, —omisión legislativa 05/2004⁶¹⁹— fue promovido por un ciudadano residente en Tlaxcala, denunciando la inexistencia o falta de la expedición del Reglamento de la Ley de Comunicaciones y Transportes.

El Tribunal al resolver consideró que, de la interpretación armónica de las disposiciones legales de la Ley de Comunicaciones y Transportes, se desprendía que para la debida interpretación y aplicación de esa ley, era necesario la expedición del reglamento —de tránsito— que la ley mencionaba. Además en el reglamento tenía que establecerse de manera clara y precisa los alcances y la forma en como debería ser aplicada. Todo esto con los efectos para que la sociedad pudiera tener la certeza suficiente, para su observación y aplicación, y conocimiento de las diversas sanciones por su infracción.

Así se constató que el Gobernador, Secretario de Gobierno, y Secretario de Comunicaciones y Transportes todos de ese Estado, no habían expedido el reglamento de la Ley de Comunicaciones y Transportes. Procedió a concederles *un término de tres meses para que*,

⁶¹⁸ Véase la parte final del considerando TERCERO, así como el resolutivo TERCERO de esa sentencia.

⁶¹⁹ BUSTILLOS, Julio, *La Justicia constitucional en ... Cit.* nota numero 599, Pág. 100, éste autor considera como el único asunto de fondo resuelto en el estado de Tlaxcala, a través de la acción por omisión legislativa local.

*conforme a sus atribuciones y obligaciones expidieran el Reglamento omitido*⁶²⁰.

En este asunto llama la atención que los entes sancionados al constatar la ausencia de la norma —reglamento— fue el poder ejecutivo estatal. Además la sentencia emitida en este contencioso puede clasificarse como de “invitación al legislador con concesión de plazos”.

d). El caso **“omisión en la armonización de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”**, —acción contra la omisión legislativa número 19/2010—, fue promovido por el “Colectivo Mujer Utopía” y “Centro Fray Julián Garcés, Derechos Humanos y Desarrollo Local”, ambas asociaciones civiles, en contra del Congreso del estado de Tlaxcala. Los argumentos que hicieron valer consistieron en la omisión de reformar los Códigos Civil y Penal del Estado, a efecto de armonizar dichos cuerpos normativos con lo dispuesto en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia respecto a la Ley que Garantizaba el Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en el estado de Tlaxcala.

El Tribunal de control de la constitucionalidad, consideró que conforme al artículo octavo transitorio, de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, correspondía al Congreso estatal, realizar las reformas necesarias a la legislación local a efecto de dar cumplimiento con los objetivos de esa Ley; también para establecer como agravantes los delitos contra la vida y la integridad, cuando estos sean cometidos contra mujeres por su condición de género.

Luego entonces, del referido artículo transitorio se advertía que las Legislaturas de los Estados se encontraban obligadas a efectuar las reformas necesarias a la legislación local dentro del término de seis meses, contados a partir de la entrada en vigor de la Ley General en

⁶²⁰ Véase la parte final del considerando TERCERO, así como el resolutive TERCERO de esa sentencia.

mención; en virtud que el Decreto por el que se había creado la citada ley, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de enero de dos mil siete, resultando claro el exceso del plazo transcurrido a que se refería el citado artículo transitorio, para la realización de las correspondientes reformas legales.

Ante esta situación el Tribunal en los *efectos de la sentencia*⁶²¹, determinó cosas atractivas al considerar que, el Congreso estatal conforme a sus atribuciones y obligaciones, debería realizar las acciones siguientes:

1) Como primer punto, generar las reformas y adiciones necesarias al Código Civil del Estado de Tlaxcala, a efecto de armonizar dicha legislación a lo establecido en la Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia respecto a la Ley que garantiza el acceso a las mujeres a una vida libre de violencia en el Estado de Tlaxcala. Citándose en forma enunciativa y no limitativa, las tendientes a incorporar las medidas necesarias que garantizaran la equidad entre géneros, las relativas a salvaguardar la integridad y seguridad de las personas tratándose de violencia intrafamiliar, y todas aquellas que favorecieran al desarrollo y bienestar de las mujeres conforme a los principios de igualdad y de no discriminación.

2) Como segundo punto, realizar las reformas y adiciones que resulten necesarias al Código Penal de la Entidad, a efecto de establecer como agravantes los delitos contra la vida y la integridad cuando estos sean cometidos contra mujeres por su condición de género; entre otras reformas y adiciones tendientes a garantizar la prevención, atención, erradicación y sanción de todos los tipos de violencia contra las mujeres.

⁶²¹ El Tribunal para determinar que el Congreso había incurrido en omisión legislativa apoyó su decisión a través de la tesis jurisprudencial “ÓRGANOS LEGISLATIVOS. TIPOS DE FACULTADES O COMPETENCIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE DIVISION FUNCIONAL DE PODERES.

3) Respecto al tercer lineamiento, efectuar las reformas y adiciones que fueran necesarias a la Legislación Local, para dar cumplimiento a los objetivos establecidos en la Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia y a la Ley que garantiza el acceso a las mujeres a una vida libre de violencia en el Estado de Tlaxcala.

4) Respecto al cuarto punto, de manera *extravagante* el Tribunal conminó al Congreso estatal para que *analizara la iniciativa que obraba ante ese Congreso y que había sido presentada por las Asociaciones Civiles actoras, el cual tenía el carácter de documento de consulta*. En su momento el documento de consulta podría adquirir nuevamente el carácter de iniciativa en caso de que el Congreso decidiera adoptarlo como suyo, mediante el acuerdo correspondiente.

5). Por último, se le otorgó el término de *tres meses al Congreso para la realización de las reformas y adiciones*, contados a partir del momento en que se le notificará la resolución⁶²².

e). En el contencioso constitucional denominado **“omisión en cuanto a la configuración del delito de enriquecimiento ilícito”** —acción contra la omisión legislativa número 22/2010—, fue promovida por un ciudadano residente en Tlaxcala, en contra del Congreso de ese Estado, en el que denunció la omisión en la falta de estipulación de la figura de enriquecimiento ilícito en el código penal estatal.

En las argumentaciones que desarrolló el Tribunal, determinó que existía omisión respecto a la conducta tipificada como delito de Enriquecimiento Ilícito, ya que de las disposiciones legales invocadas por el actor, se desprendía que había un mandato constitucional expreso; pues, por un lado la Constitución Federal de México —artículo 109— señalaba que las leyes determinarían los casos y las circunstancias en que se sancionaría penalmente por causa de

⁶²² Véase la parte final del considerando SEXTO, y resolutive DOS de esa sentencia.

enriquecimiento ilícito. Y por otro, el artículo tercero transitorio del decreto de reformas y adiciones al Título Cuarto de la Constitución Federal que comprende los artículos 108 al 114, señalaba que dentro del año siguiente a la entrada en vigor de ese Decreto, los Estados de la Federación a través de sus congresos constituyentes locales, iniciarían las reformas constitucionales necesarias para cumplir las disposiciones conducentes.

Esto significaba que las Legislaturas Locales tenían hasta el veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y tres para realizar las reformas necesarias para cumplir con dicho Decreto; si bien el Congreso del Estado de Tlaxcala había reformado el artículo 110, párrafo segundo, de la Constitución del Estado de Tlaxcala, en dicha reforma sólo se transcribió de forma idéntica el contenido del artículo 109 de la Constitución Federal, lo que evidentemente era insuficiente para garantizar el cumplimiento de la Carta Magna.

El Congreso del Estado había incurrido en una omisión legislativa relativa en competencia de ejercicio obligatorio⁶²³, por consiguiente al no existir legislación secundaria que reglamentase lo relativo al Enriquecimiento Ilícito por funcionarios y empleados públicos, el contenido tanto de la Constitución Federal como Local quedaba en letra muerta.

El Tribunal resaltó, en primer lugar, que no existía legislación local alguna que determinase los casos y circunstancias en que se debía sancionar a los servidores públicos por enriquecimiento ilícito. En segundo lugar, que específicamente en el Código Penal para el Estado de Tlaxcala no se encontraba establecido el tipo penal antes descrito y, por consiguiente, tampoco se habían fijado las sanciones

⁶²³ El Tribunal fundamentó la inercia del legislador, con la jurisprudencia OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS, (Novena Época. Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, febrero de 2006. Tesis P./J. 11/2006. Pág. 1527), con la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México determina con claridad cuáles son los tipos de omisiones que pueden existir en el ordenamiento mexicano. También aplicó al caso la jurisprudencia ÓRGANOS LEGISLATIVOS. TIPOS DE FACULTADES O COMPETENCIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL DE PODERES.

correspondientes, entre ellas el decomiso y la privación de la propiedad de los bienes obtenidos ilícitamente.

Por último, en cuanto a los *efectos de la sentencia*, se le concedió al Congreso de Estado de Tlaxcala *el término de tres meses*⁶²⁴ *para que realizara las reformas correspondientes a la legislación penal*, respecto a la omisión en cuanto a la configuración del delito de Enriquecimiento Ilícito.

1.2. Nayarit

La Constitución del Estado de Nayarit, —en el artículo 91—, establece que en el Tribunal Superior de Justicia habrá una Sala Constitucional-Electoral integrada por cinco magistrados, designados por el Pleno. Además, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia será a su vez el Presidente de la Sala Constitucional-Electoral. Esta Sala Constitucional-Electoral, conocerá en los términos que señale la ley reglamentaria de diversos asuntos.

En lo que interesa, *las acciones de inconstitucionalidad por omisión*, procederán en contra de cualquier autoridad, a quien la Constitución o una ley ordena expedir una norma de carácter general y dicha omisión produce violaciones a la Constitución.

Además estipula que el ejercicio de esta acción corresponderá a cualquier autoridad o vecino del Estado. En cuanto a la resolución que declare fundada la acción de inconstitucionalidad por omisión, deberá ser aprobada cuando menos por tres votos y *fijará el plazo para que la autoridad omisa expida la norma, el cual no podrá exceder de un año*⁶²⁵.

⁶²⁴ Véase el considerando SEXTO parte *in fine*, así como el resolutivo SEGUNDO de esa sentencia.

⁶²⁵ Véase la fracción III del artículo 91 de la Constitución de Nayarit.

También determina que la Sala podrá conocer y resolver, en los términos de la ley respectiva, del juicio de protección de derechos fundamentales, por actos u omisiones que vulneren los derechos reconocidos por esa Constitución, provenientes de cualquier autoridad⁶²⁶.

Entrando al análisis de casos, encontramos como único asunto el denominado **“omisión de la normativa del padrón municipal de Tepic”** —acción de inconstitucionalidad por omisión número 03/201—, esta acción fue promovida por varios ciudadanos residentes en Nayarit, en contra del Ayuntamiento Constitucional del Municipio de Tepic, en el que denunciaron la omisión o inexistencia del Padrón Municipal, y solicitaron la expedición de la normatividad necesaria para la implementación, actualización, mantenimiento, vigilancia y custodia del mismo.

Ahora bien, la Sala Constitucional-Electoral realizó una argumentación sugerente respecto al Padrón Municipal, al destacar que el padrón permite a las personas acceder a una serie de derechos sociales propios del estado de bienestar, destinado a jugar un papel determinante en su proceso de arraigo e integración municipal. Derechos sociales que correspondía preservar ese Tribunal no sólo como garante de la Supremacía de la Carta Magna Local, sino también, para velar por el contenido normativo consagrado en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al cual el Estado Mexicano se encuentra adherido, en el que especialmente en su artículo 3 establece que, los Estados Partes en el Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título, a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el mismo.

Por consiguiente, en cuanto a la omisión en la reglamentación que regulaba al padrón podría generar para el habitante o vecino del

⁶²⁶ Véase la fracción V del mismo artículo.

municipio, el no ejercicio de algunos derechos sociales. Así, lo trascendente de ese medio de control constitucional, es que la parte actora demandaba la institucionalización del padrón del municipio de Tepic, con el objeto que toda persona que viviese en el municipio podría empadronarse, estableciendo una base de datos, que reflejara la realidad de los habitantes que regularmente residen en él, facilitándoles el acceso a todos los beneficios sociales legalmente establecidos, también acreditar la residencia efectiva en el mismo, y el ejercicio de los derechos constitucionales de participación pública, entre ellos el derecho al sufragio.

El Tribunal precisó, que los Ayuntamientos estaban facultados y obligados para expedir entre otros, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus competencias y sus respectivas jurisdicciones, que versaran sobre materias o servicios, en el que legal o constitucionalmente les correspondía, pues eso es una expresión del ejercicio de su libertad de configuración normativa, encaminadas a generar el marco jurídico para regular la conducta de los gobernados en el ámbito territorial y material.

Las argumentaciones del Tribunal concluyeron en el sentido que constituía un incumplimiento al deber legal y constitucional, ya que la demandada había sido omisa en la expedición de las disposiciones normativas municipales de carácter general, para la formación, mantenimiento, revisión y custodia del Padrón Municipal.

Finalmente, en cuanto a los *efectos de la sentencia*, se ordenó al *Municipio de Tepic para que en el término de un año*⁶²⁷, a partir de que surtiera efectos la notificación de la resolución, *expidiera la normatividad suficiente para la implementación, actualización, mantenimiento, vigilancia y custodia del Padrón Municipal, así como*

⁶²⁷ Véase el considerando QUINTO parte *in fine*, así como el resolutivo SEGUNDO de esa sentencia.

realizara las previsiones financieras en el presupuesto anual, con el propósito de hacer efectiva la tutela a la Constitución local.

Encontramos que en el derecho comparado —en España— en materia electoral, el padrón municipal, es importante para destacar la vinculación que genera con los electores. Así SANTOLAYA recalca que el padrón Municipal en la organización de un registro electoral confiable es uno de los aspectos esenciales de los procesos electorales y un factor decisivo para configurar unas elecciones libres y justas⁶²⁸.

Por ejemplo en el sistema español, a efectos electorales todos los municipios deben comunicar mensualmente a la Oficina del Censo electoral la información que afecten a las altas, bajas y modificaciones de los datos de los residentes en sus respectivos términos municipales y, con carácter anual, los residentes que van a ser mayores de edad durante el periodo, todo ello en los términos del artículo 35 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General⁶²⁹.

El padrón municipal, también sirve para organizar los servicios públicos que presta el ayuntamiento, así como para determinar las condiciones de su financiamiento⁶³⁰.

1.3. Coahuila

En el Estado de Coahuila, la Constitución establece en el artículo 158, que la Justicia Constitucional Local se erige dentro del régimen interior del Estado, como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de esta Constitución, bajo el principio de *supremacía constitucional*. Resalta que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia, en su carácter de Tribunal Constitucional Local conocerá, en

⁶²⁸ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *Procedimiento y garantías electorales*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013, Pág. 55

⁶²⁹ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *Op. Cit.* Pág. 57

⁶³⁰ *Ibidem*, Pág. 56 y 57.

los términos que establezca la ley, de los medios de control. Especialmente de las acciones de inconstitucionalidad local que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma o acuerdo de carácter general y esa Constitución, las que deberán resolverse con base en lo establecido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁶³¹. En el numeral 3, especifica que procederá con la omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria.

Las omisiones se resuelven bajo un control concentrado a través del Pleno del Tribunal —artículo 158—, y también en un control difuso de constitucionalidad, de modo que cualquier juez tiene facultad para desaplicar normas contrarias a la Constitución⁶³². Verificada la existencia de una omisión, el Pleno ordenará a la autoridad omisa dictar, en un plazo razonable, las disposiciones legislativas necesarias que permitan se aplique el precepto de la Constitución falto de reglamentación, *pero en todo caso expedirá los principios, bases y reglas normativas a regular conforme a su fallo*⁶³³.

Adentrándonos al análisis de casos para evidenciar el tratamiento que se le ha dado a las omisiones, en este Estado encontramos un solo asunto resuelto, se encuentra registrada con el numeral AIL-001/2007⁶³⁴, denominada **“Omisión en la Ley de Asentamientos Humanos y Desarrollo Urbano Estatal”**, esta acción fue promovida por el Municipio de Torreón, en contra del Congreso de ese Estado.

El ente resolutor consideró que la base de la omisión se encontraba en la Ley General de Asentamientos Humanos (Ley Federal),

⁶³¹ Fracción II del artículo 158 de la Constitución del Estado de Coahuila.

⁶³² Artículo 65 de la Ley de Justicia Local de Coahuila.

⁶³³ Artículo 88 de la misma ley.

⁶³⁴ BUSTILLOS, Julio, *La Justicia constitucional en ... Cit.* nota número 599, Pág. 100, este autor considera al presente asunto como la única acción por omisión legislativa local de fondo, resuelta en el Estado de Coahuila.

cuyo artículo tercero transitorio exponía: “Se deberá adecuar la legislación en materia de desarrollo urbano de las entidades federativas a lo dispuesto en esta Ley, en un plazo no mayor de un año contado a partir de la entrada en vigor de la misma.”

En ese contexto legal se entendía, que las Entidades Federativas de la República Mexicana, tenían a partir del día veintidós de julio de mil novecientos noventa y tres —fecha en que había iniciado la vigencia de la Ley General de Asentamientos Humanos—, la obligación de adecuar a ella su legislación, en el plazo de un año, ya que tal Ordenamiento Federal, les otorgaba un mandato de ejercicio expreso⁶³⁵.

Del referido texto legal transitorio, se obtenía que el mismo contenía un mandato de ejercicio expreso ordenando a las legislaturas locales, para adecuar su legislación en el tema relacionado con el desarrollo urbano; derivándose de ello, una competencia de ejercicio obligatorio.

Así las cosas, se desprendía también la existencia de un imperativo para las autoridades estatales, consistente en la obligación de proveer las medidas necesarias en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir los fines previstos en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos —párrafo tercero, del artículo 27—.

Finalmente, *el Tribunal declaró que era procedente la inconstitucionalidad por omisión legislativa parcial, para el efecto*⁶³⁶ de que el Congreso del Estado, en estricto cumplimiento al Artículo Tercero Transitorio de la Ley General de Asentamientos Humanos, adecuará la Ley de Asentamientos Humanos y Desarrollo Urbano del Estado de Coahuila, en lo referente a la supresión del texto legal de las

⁶³⁵ Véase como este Tribunal Constitucional Estatal también fundamentó su resolución a través de la jurisprudencia “OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS”.

⁶³⁶ Véase el considerando QUINTO parte *in fine*, así como el resolutivo SEGUNDO y TERCERO de esa sentencia.

declaratorias de reserva, haciendo énfasis que esa *acción debería realizarla dentro de los sesenta días* siguientes a la notificación de la resolución.

Desafortunadamente en este litigio el Tribunal no innovó respecto a la facultad que tenía para expedir los principios, bases y reglas normativas. Para mayor información sobre esta sentencia remitimos al apartado “Coahuila” y “Recapitulación” del capítulo VI, de este trabajo.

2. El Estado de Chiapas a la vanguardia en México: el primer Tribunal Constitucional

Uno de los temas que ha cobrado gran interés —así apunta SAMANIEGO— entre los estudiosos del Derecho Constitucional, y que ha enriquecido el debate jurídico contemporáneo en México es, sin duda, el de los nacientes sistemas y los diversos medios de control constitucional en las entidades federativas⁶³⁷.

La necesidad de construir un sistema jurídico que dé eficaz respuesta a la compleja y rica realidad de nuestro tiempo se nos muestra como una ineludible exigencia de la lógica del Derecho⁶³⁸, que en cierta medida ha justificado la creación de la inconstitucionalidad por omisión legislativa tanto en el Estado de Chiapas, como en las diversas entidades federativas que se encuentran inmersas en la corriente de la *jurisdicción constitucional estatal en México*.

Lejos de una expresión meramente de exaltación sobre la incorporación de este *instituto* en el Estado de Chiapas, puntualizamos que para ello se han realizado diversas reformas a su Constitución. En

⁶³⁷ SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo, “La acción por omisión ... *Cit.* en la nota numero 93, Pág. 407

⁶³⁸ Véase como este autor recalca que la “necesidad obliga a plantear nuevos retos, máxime cuando tales retos no dejan de ser manifestación de la técnica jurídica”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La inconstitucionalidad (Portugal) ... *Cit.* nota número 246, Pág. 335

2002 se introdujo a Chiapas el sistema integral de justicia constitucional⁶³⁹. Con este sistema se creó una Sala Superior en el Supremo Tribunal de Justicia, y posteriormente la reforma de 2007⁶⁴⁰ generó que la Sala Superior se le acuñase el término de *Tribunal Constitucional*.

Luego se realizaron dos reformas, una en el año 2009 y otra en 2011, en la que prácticamente no se innovó nada respecto a la *omisión*. Lo único que hicieron las reformas anteriores, fue cambiar el número del artículo, el 56 pasó a ser el número 64, dejando intocado a esta técnica en todos sus elementos y características.

Así, tanto la Sala Superior como el Tribunal Constitucional se les facultó para conocer de diversos controles de la constitucionalidad, entre los que destacan las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, acción por omisión de legislativa, y la cuestión de inconstitucionalidad.

Resalta que ningún Estado que integra la federación mexicana posee Tribunal con la denominación de *Constitucional*, tampoco a nivel federal la Suprema Corte de Justicia de la Nación se le ha dado esa acepción. Por consiguiente al Estado de Chiapas quizá podríamos calificarlo como *el primer Tribunal Constitucional en México*, desde un punto de vista terminológico. Puesto que *Veracruz*, como hemos dicho,

⁶³⁹ La reforma constitucional fue publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Chiapas*, núm. 137, 2a. sección, decreto núm. 310, 6 de noviembre de 2002. Una explicación detallada del modelo chiapaneco se puede ver en el capítulo V del trabajo de ASTUDILLO REYES, César, *Ensayos de justicia constitucional en ... Cit. nota 599*, Págs. 207 y Ss. También, MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso, "Justicia constitucional en ... Cit. nota 599, Págs. 3, 837 y Ss.

⁶⁴⁰ El 16 de mayo de 2007 se publica otra reforma constitucional que incide sobre el tema que nos ocupa. De entrada, el Supremo Tribunal de Justicia del Estado pasaba a ser la Magistratura Superior del Estado, mientras que su Sala Superior se convertía en el Tribunal Constitucional, órgano que supone una verdadera novedad en México, aún cuando se venga considerando de modo generalizado que, tras las reformas constitucionales de 1988 y 1995, la Suprema Corte de Justicia mexicana se ha convertido en un Tribunal Constitucional. Véase también FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La búsqueda de nuevos cauces ... Cit. nota 2, Pág. 1,147; RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa, Teoría ... Cit. nota número 14*, Pág. 214

fue el primer Estado que introdujo la corriente *de la jurisdicción constitucional estatal*.

Recordemos que actualmente en México son ocho las entidades federativas que poseen la inconstitucionalidad por omisión legislativa, entre ellas Veracruz⁶⁴¹, Tlaxcala, Quintana Roo, Coahuila, Nayarit, Querétaro, Yucatán, incluyendo a Chiapas; así también dos entidades Guerrero y Tabasco cuentan con proyectos o iniciativas de reforma constitucional en esa materia⁶⁴², y recalamos que ninguno de esos Estados asigna el nombre de *Tribunal Constitucional*.

Desde la reforma del 2007, el Tribunal Constitucional de Chiapas se conforma por cinco magistrados⁶⁴³ nombrados por el Congreso local a propuesta del Ejecutivo estatal⁶⁴⁴.

2.1. El modelo previsto

Para la acción por omisión legislativa, resulta trascendente realizar una reflexión sobre lo que por este medio de control se debe entender, su objeto y efectos de las sentencias todo ello a la luz de la experiencia sucedida en el Estado de Chiapas tanto en su Constitución como en la Ley de Control Constitucional reglamentaria del artículo 64 de la Constitución, publicada en el Periódico Oficial el 22 de noviembre de 2002.

⁶⁴¹ Hay quienes destacan que el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, es un órgano especializado en la defensa de la Constitución local, que puede calificarse como el primer Tribunal Constitucional en México en donde se incorporó la corriente de *jurisdicción constitucional local* y esta corriente luego circulo a otros estados de la República Mexicana.

⁶⁴² SANTOS FLORES, Israel, *La omisión legislativa en materia tributaria ... Cit.* nota numero 18, Págs. 179 – 191.

⁶⁴³ Reforma en el decreto número 200, del Periódico Oficial de Chiapas no. 98 publicada el 11 de junio de 2008.

⁶⁴⁴ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, “EL control de la omisiones Legislativas ... *Cit.* nota número 134, Pág. 634

La Constitución del Estado de Chiapas, establece que en cuanto al control constitucional⁶⁴⁵, y en lo que respecta a la justicia del control constitucional local, ésta se erige dentro del régimen interior del Estado, como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de esa Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional⁶⁴⁶.

Además que, ese control constitucional local tiene por objeto dirimir de manera definitiva e inatacable los conflictos constitucionales que surjan dentro del ámbito interior del Estado, conforme a ese artículo, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁶⁴⁷.

Para el cumplimiento de las atribuciones del control constitucional estatal, señaladas en las fracciones I, II, III y IV del artículo 64 de la Constitución, el Tribunal Constitucional, conocerá y resolverá, en los términos que establezca la ley, con excepción en la materia electoral, de los medios de control de la constitucionalidad consistentes —como ya hemos señalado— en las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, acción por omisión legislativa y de la cuestión de inconstitucionalidad.

Véase que estos cuatro controles se encaminan a la defensa objetiva del ordenamiento constitucional, por lo que son mecanismos de control de naturaleza abstracta⁶⁴⁸.

Retomando el artículo 64, y especialmente la fracción III, determina que en relación a las acciones por omisiones legislativas,

⁶⁴⁵ Nosotros le denominamos control de la constitucionalidad.

⁶⁴⁶ Primer Párrafo del Artículo 64 de la Constitución del Estado de Chiapas del año 2011. El sistema de justicia constitucional del Estado de Chiapas sigue muy de cerca las directrices que en su momento incorporó la Constitución de Veracruz.

⁶⁴⁷ Segundo párrafo del artículo 64.

⁶⁴⁸ Véase a ASTUDILLO REYES, César, “La Inconstitucionalidad por ... *Cit.* nota 19, Pág. 352

estas procederan cuando se considere que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución, que interponga: a). El Gobernador del Estado; b). Cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso; c). Cuando menos la tercera parte de los Ayuntamientos; y d). Cuando menos el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.

En cuanto a la resolución que emita el Tribunal Constitucional que decreta la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el periódico oficial del Estado; en dicha resolución se determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva la omisión correspondiente. Tratándose de legislación que deba aprobarse por el Congreso, por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de la Constitución del Estado de Chiapas, si el Congreso no lo hiciere en el plazo fijado, el Tribunal Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa⁶⁴⁹.

Los presupuestos institucionales que hacen posible la instauración de mecanismos de autotutela constitucional se desprenden de los artículos 1 y 96.

El primero describe que, el Estado de Chiapas es parte integrante de los Estados Unidos Mexicanos, desde el 14 de septiembre de 1824, por voluntad del pueblo chiapaneco, expresada por votación directa; es libre y soberano en lo que concierne a su régimen interior, sin más limitaciones que las que se derivan del Pacto Federal consignado en la Constitución Política de la República.

⁶⁴⁹ Véase toda la fracción III del artículo 64 de la Constitución del Estado de Chiapas. (Reforma del 22 de abril del 2009), Poder Judicial del Estado de Chiapas, México, 2009; así como la reforma del 2011.

El segundo enuncia la supremacía de la Constitución chiapaneca en su específico ámbito de validez al estipular que esa Constitución es la ley fundamental del Estado por lo que se refiere a su régimen interior y nadie podrá ser dispensado de acatar sus preceptos⁶⁵⁰.

En el título Octavo de la Constitución de Chiapas, relativo al Poder Judicial, el reformado artículo 56 determina que su ejercicio se deposita, en el Tribunal Superior de Justicia, Consejo de la Judicatura, y el Tribunal del Trabajo Burocrático.

El Tribunal Superior de Justicia del Estado se integrará por un Tribunal Constitucional, las salas regionales colegiadas, juzgados de primera instancia, juzgados y salas especializadas en justicia para adolescentes, juzgados de paz y conciliación indígena, juzgados municipales, el centro estatal de justicia alternativa y el instituto de defensoría social⁶⁵¹.

El artículo 63, fracción I, determina, que corresponde al Tribunal Constitucional “garantizar la supremacía y control de esta Constitución mediante su interpretación”, siempre y cuando no sea contraria a lo establecido en el artículo 133, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁶⁵².

Hay quienes afirman que la introducción de este mecanismo procesal en el Estado de Chiapas se realizó sobre el paradigma de su similar veracruzano en el 2000, dando por cierto que si se observa con detenimiento, se verá que la regulación chiapaneca es equivalente a la

⁶⁵⁰ Véase el artículo 96 de la Constitución del Estado de Chiapas.

⁶⁵¹ Artículo 57 de la misma Constitución.

⁶⁵² De acuerdo al control de convencionalidad —difuso— podría darse el supuesto que mediante la supremacía constitucional, el Tribunal Constitucional determine que algunas normas federales son contrarias a la Constitución estatal y a los tratados internacionales.

veracruzana —FERNÁNDEZ SEGADO considera así— ⁶⁵³ . Pero posteriormente, este autor se contradice al precisar que la filosofía a que corresponde la acción chiapaneca nada tiene que ver con la veracruzana; más aún, poco o nada tiene que ver con el control de constitucionalidad por omisión⁶⁵⁴, como veremos con el análisis de los elementos procesales de este mecanismo.

3. Configuración procesal

En estos epígrafes haremos una descripción del engranaje procesal de esta técnica prevista en Chiapas, subrayaremos principalmente el órgano competente, el objeto de la inconstitucionalidad, la legitimación para ejercitarla, el procedimiento, así como los efectos y cumplimientos de las sentencias. Para la reseña de estos apartados ha servido como base, la ley de Control Constitucional y por supuesto la Constitución, ambos de la entidad federativa chiapaneca.

3.1. Órgano competente

En Chiapas, hemos dicho, corresponde al Tribunal Constitucional del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chiapas, la substanciación y resolución de los contenciosos constitucionales — aunque en la Ley de control constitucional todavía establece a la Sala Superior—.

⁶⁵³ A finales del año 2002, la Constitución del Estado de Chiapas era objeto de una profunda reforma encaminada, fundamentalmente, a introducir una serie de institutos de garantía de la propia norma suprema, entre ellos la acción por omisión legislativa. La regulación chiapaneca sería considerada casi idéntica a la veracruzana, aunque no faltan quienes discrepan de esa visión. Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La búsqueda de nuevos cauces ... *Cit.* nota 2, Pág. 1, 146; también véase a ASTUDILLO REYES, César, “La Inconstitucionalidad por ... *Cit.* nota 19, Pág. 350

⁶⁵⁴ *Idem*

Para que el Tribunal constitucional pueda ocuparse de la substanciación de las acciones por omisión legislativa, estas facultades se encuentran previstas de conformidad con lo dispuesto por los artículos 63, fracción III y 64, fracción III, de la Constitución; así como artículo 37, fracción II del Código de Organización del Poder Judicial del Estado de Chiapas.⁶⁵⁵

El Tribunal Constitucional funcionará en Pleno y en Sala, sus sesiones serán públicas, por excepción secretas en los casos en que así lo exijan la moral y el interés público, y tomarán resoluciones por mayoría de votos⁶⁵⁶.

En relación a las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional, destaca que de los años que lleva funcionando, no ha resuelto ninguna acción por omisión legislativa⁶⁵⁷. Sobre estas circunstancias algunos ex magistrados argumentan que el Tribunal Constitucional de Chiapas no ha conocido de omisiones legislativas porque actualmente existe una relación política de coordinación y operación en los órganos de gobierno encargados del proceso legislativo, lo que explica el por qué hasta el día de hoy no se haya interpuesto ante la Sala Superior, una acción por omisión legislativa⁶⁵⁸. Por otro lado la Dirección del Instituto de Formación Judicial dependiente del Poder Judicial del Estado de Chiapas argumenta en el sentido que esto se interpreta como la armonía que existe entre los tres poderes del

⁶⁵⁵ Código de Organización del Poder Judicial del Estado de Chiapas, última reforma publicada en el Periódico Oficial del Estado de Chiapas, 27 de noviembre de 2014.

⁶⁵⁶ Primer párrafo del artículo 34 del mismo Código.

⁶⁵⁷ El periodo sería del 2002 al 2015. Véase más adelante el apartado 2.2, del capítulo VI de este trabajo. Así como www.poderjudicialchiapas.gob.mx/website/index.php, Consultado el 23/febre20/2015.

⁶⁵⁸ SIERRA SÁNCHEZ, Luís Alfredo, "La justicia constitucional en el estado de ... Cit. nota 599, Pág. 1,050

Estado⁶⁵⁹.

De lo anterior discrepamos, porque desde el 2002, año en que se incorporan los controles de constitucionalidad en el Estado de Chiapas, existe una omisión en la ley de control constitucional al no contemplar la *cuestión de inconstitucionalidad*⁶⁶⁰, en el sentido que esta figura no se desarrolla en la ley. También falta adecuar y actualizar la ley reglamentaria a todas las reformas que se han realizado en la Constitución chiapaneca, basta recordar que la última reforma fue en diciembre 2014.

Así demostramos que dicha armonía o relación política de coordinación entre en los órganos de Gobierno encargados del proceso legislativo, no es efectiva, no existe o es nula.

Como crítica, no debemos olvidar que la labor del *intérprete supremo de la Constitución* reclama un diálogo fluido y permanente entre tan cualificado exegeta y el legislador: entre el autor de la doctrina constitucional y su principal destinatario⁶⁶¹, cosa que no sucede en el

⁶⁵⁹ Información solicitada en el año 2011 a la Dirección del Instituto de Formación Judicial dependiente del Poder Judicial del Estado de Chiapas, la pregunta y respuesta fue: 1.- ¿Cuántas acciones de inconstitucionalidad, controversias de constitucionalidad, acciones por omisión legislativa (inconstitucionalidad por omisión legislativa), y cuestiones de inconstitucionalidad ha resuelto el Tribunal Constitucional (antes Sala Superior), según el artículo 56 de la Constitución de Chiapas? Respuesta: desde que entró en funciones el Tribunal Constitucional el 14 de junio de 2007, no se ha promovido ninguna controversia constitucional, acción por omisión legislativa o acción de inconstitucionalidad, *lo que habla de la armonía entre los tres poderes del estado*.

⁶⁶⁰ La denominada *cuestión de inconstitucionalidad* es un juicio incidental y concreto cuyo objeto coincide con el del recurso de inconstitucionalidad y que únicamente puede ser planteada ante el Tribunal Constitucional por los Jueces y Tribunales ordinarios que duden de la constitucionalidad de una norma con valor de ley de cuya validez dependa el fallo del proceso judicial en el que han de aplicarla (art. 163 CE). CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, "Los Problemas de la omisión legislativa ... *Cít. nota 208*, Pág. 18.; En extenso véase la obra de CORZO SOSA, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998

⁶⁶¹ GARCÍA ROCA, Javier, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, México, Porrúa, 2009. Pág. 31. Sería muy difícil hacer un análisis exhaustivo o pormenorizado, pero en líneas generales, mi expresión es que la experiencia revela una tensión sin caídas ni explosiones. El dialogo ha sido.

Tribunal Constitucional de Chiapas.

A manera de comparación con lo que sucede en Portugal, es forzoso subrayar la escasa operatividad práctica que le ha dado no sólo la extinta Comisión Constitucional sino también el actual Tribunal Constitucional⁶⁶², a la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Este fenómeno también está sucediendo en el modelo previsto en Chiapas, puesto que actualmente el Tribunal Constitucional no ha resuelto asuntos en el que se aborden los controles de la constitucionalidad como son las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad, y especialmente en la denominada acción por omisión legislativa.

3.2. Objeto de la inconstitucionalidad

En Chiapas hemos visto que la omisión legislativa procede cuando se considere que el Congreso no ha “resuelto” alguna ley o decreto⁶⁶³. En Veracruz este mismo instrumento procede igualmente cuando se considere que el Congreso no ha “aprobado” alguna ley o decreto⁶⁶⁴.

En apariencia los dos enunciados se aproximan; sin embargo, si consideramos que *no resolver* significa, de modo aproximado, no tomar una determinación decisiva en torno a una ley o decreto, *y no aprobar* significa, dentro del itinerario del proceso legislativo, votar en sentido negativo una propuesta de ley o decreto, las cosas varían notablemente. Esta interpretación, empero, no debe tomar el término “aprobación” en sentido técnico, porque sino puede confundir un acto dentro del

⁶⁶² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La inconstitucionalidad (Portugal) ... *Cit.* nota número 246, Pág. 358

⁶⁶³ Véase la fracción III del artículo 64 de la Constitución Política del Estado de Chiapas.

⁶⁶⁴ Véase la fracción III del artículo 65 de la Constitución Política del Estado de Veracruz.

proceso legislativo, que es un acto positivo del legislador con independencia de su sentido, con una actitud omisa que es en muchos de los casos previa al proceso legislativo mismo, y debe reunir determinados requisitos para que pueda ser tildada de inconstitucional⁶⁶⁵.

Ambas nociones, no obstante, parecen sugerir la existencia de algo sobre lo que no se ha tomado una decisión definitiva. La Ley de Control Constitucional para el Estado de Chiapas ⁶⁶⁶ afianza esta convicción. Su artículo 97 indica que “procede la acción por omisión legislativa, cuando el Congreso no resuelva alguna iniciativa de ley o decreto en los términos que establezca la legislación respectiva y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución política local”⁶⁶⁷.

Como puede apreciarse, la ley incorpora un nuevo elemento para la procedencia del instituto, en cuanto señala que procederá la acción cuando no se resuelva “alguna iniciativa de ley o decreto en los términos que establezca la legislación respectiva”⁶⁶⁸. Lo anterior quiere decir que este instrumento, tal y como se encuentra perfilado, a pesar de vincularse al correcto desarrollo constitucional del ordenamiento de Chiapas, tiene como objetivo prioritario el aseguramiento de que toda iniciativa de ley o decreto, con independencia de que se apruebe o no, recorrerá la totalidad de facetas del procedimiento legislativo estipuladas en los artículos 26⁶⁶⁹, 34⁶⁷⁰ y 35⁶⁷¹ de la Constitución de ese Estado.

⁶⁶⁵ Primer Párrafo, del artículo 97 de la Ley de Control Constitucional de Chiapas; Véase también ASTUDILLO REYES, César, “La inconstitucionalidad por ... *Cit.* nota 19, Pág. 353

⁶⁶⁶ Decreto núm. 003, Periódico Oficial del Estado de Chiapas, núm. 140, 2da. Sección, de fecha 27 de noviembre de 2002.

⁶⁶⁷ ASTUDILLO REYES, César, *Op. Cit.* Pág. 353

⁶⁶⁸ Primer Párrafo, del artículo 97 de la Ley de Control Constitucional de Chiapas.

⁶⁶⁹ Artículo 26 de la Constitución del Estado de Chiapas (última reforma 24-Dic- 2014) “El

Igualmente, el enunciado “en los términos que establezca la legislación respectiva” abre ciertas dudas interpretativas en virtud de la acepción que le demos a la palabra “término”. Si por ella se entiende la forma o modo de realizar algo, entonces mediante la omisión se permitirá que el órgano de control entre a discernir la regularidad de los actos realizados en cada una de las etapas que conforman el proceso legislativo. Si por el contrario se entiende como un plazo de tiempo determinado, el órgano de control podrá examinar, en cambio, el ámbito temporal dentro del cual el legislador debió aprobar la norma sin hacerlo⁶⁷².

Al analizar la Ley de Control Constitucional reglamentaria de la Constitución chiapaneca encontramos que esta ley lo que establece en el artículo 97, es describir de manera textual lo estipulado en el artículo 64 de la Constitución de Chiapas. Así recalca en el primer párrafo, se entenderá que afecta el debido cumplimiento cuando el Congreso del

Congreso del Estado deberá quedar instalado el día primero de octubre del año de la elección, debiendo iniciar su primer periodo ordinario de sesiones ese mismo día de ese mismo mes, terminando el día treinta y uno de diciembre, y el segundo periodo ordinario iniciará el día primero de abril, terminando el treinta de junio, en los cuales se ocupará del estudio, discusión y votación de las iniciativas de ley o decretos que se le presenten y demás asuntos que le correspondan conforme a esta Constitución”.

⁶⁷⁰ Artículo 34 de la misma Constitución, el derecho de iniciar leyes o decretos compete: I. Al Gobernador del Estado. I. (...) III. Al Titular del Poder Judicial del Estado, en lo relativo a su orden jurídico interno; así como de aquellas materias que en razón de su actividad jurisdiccional tenga conocimiento. IV. Al Presidente de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos, en materia de su ramo. V. A los Ayuntamientos, en asuntos municipales. VI. A los ciudadanos del Estado, en los términos que disponga la Ley, la cual establecerá los requisitos, alcances, términos y procedimientos para su ejercicio. Las iniciativas presentadas por el Gobernador, por el Titular del Poder Judicial del Estado, por el Presidente de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos y por los Ayuntamientos pasarán desde luego a la Comisión; las que presenten los Diputados se sujetarán a los trámites que determine el Reglamento Interno del Congreso del Estado.

⁶⁷¹ Artículo 35 de la misma Constitución, “Todo proyecto de ley o decreto que fuere desechado por el Congreso del Estado, no podrá volver a presentarse en el mismo periodo de sesiones. Los proyectos de ley o decreto votados por el Congreso del Estado, se remitirán al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, los publicará inmediatamente”. (REFORMADO, P.O. 27 DE JUNIO DE 2011). También remitimos a la crítica realizada por ASTUDILLO REYES, César, “La inconstitucionalidad por ... *Cf.* nota 19, Pág. 354

⁶⁷² *Idem*

Estado no resuelva sobre alguna ley o decreto. Entonces, los actos objeto de control son aquellos omisivos absolutos —falta de una norma— por parte del Poder Legislativo⁶⁷³.

Hay que mencionar algunos aspectos importantes de esta figura, en el Estado de Chiapas se optó por adoptar la postura semi-restringida ⁶⁷⁴ en la acción por omisión legislativa procediendo únicamente contra la inactividad del Congreso es decir, por la no expedición de leyes o decretos. Pues se considera que existe la acción por omisión legislativa cuando el Congreso del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte al debido cumplimiento de su Constitución⁶⁷⁵.

Esta postura semi-restringida limita el objeto de control, porque solo contempla a las leyes o decretos no expedidos por el Poder Legislativo, sin abarcar los actos del Poder Ejecutivo o de los Ayuntamientos, situación lamentable pues no sólo con la omisión del Poder Legislativo se afecta el debido cumplimiento de la Constitución, sino también con la falta de reglamentación o de expedición de alguna norma que por facultad tenga reservada en la Constitución tanto el Poder Ejecutivo como los Ayuntamientos⁶⁷⁶.

Asimismo, la fracción III del artículo 99 de la ley de Control Constitucional señala que entre los requisitos que deberá contener la demanda por medio del cual se ejercita la acción por omisión legislativa, se deberá indicar las normas generales impugnadas —debiéndose

⁶⁷³ Artículo 64, fracción III, con relación al artículo 97 de la Ley Reglamentaria. O *Ídem*

⁶⁷⁴ Véase el capítulo III de este trabajo, referente a la configuración procesal de esta técnica en el derecho comparado, especialmente el punto de la legitimación. Rangel considera que en el caso de Chiapas puede darse la legitimación restringida, RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa, Teoría ... Cit.* nota numero 13, Pág. 214; por otro lado SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo, La acción por omisión legislativa ... *Cit.* en la nota 93, Pág. 427, este autor considera que existe una legitimación restringida.

⁶⁷⁵ *Ídem* o Artículo 64, fracción III, con relación al artículo 97 de la Ley Reglamentaria.

⁶⁷⁶ *Ídem*

entender como la norma o decreto que por mandato constitucional esté obligado a expedir el Congreso del Estado y no lo haya hecho—. De igual manera, el artículo 100, fracción II, de la citada Ley, señala que en la acción por omisión legislativa tiene el carácter de parte demandada el Congreso del Estado, alguna o algunas de las comisiones de éste.

Entonces esta acción procede incluso contra alguna o algunas de sus comisiones cuando no resuelvan sobre las iniciativas de ley o decreto en los términos que establezca la legislación respectiva y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución⁶⁷⁷.

3.3. Legitimación para ejercitarla

Antes de analizar quienes están legitimados⁶⁷⁸ para interponer este mecanismo, se hace necesario comentar algunos aspectos sobre el mismo. La legitimación activa como la pasiva, se identifica con la capacidad para ser parte principal en un procedimiento constitucional sustanciado ante el Tribunal Constitucional. En esta definición el elemento principal que conviene precisar es: la idea de capacidad procesal. Ella entraña una puesta a disposición del legitimado de los mecanismos procesales previstos y articula su acceso a los mismos mediante esa capacidad, que consiste, por tanto, en una posibilidad reconocida normativamente para acceder al Tribunal⁶⁷⁹.

La legitimación activa se complementa con la legitimación pasiva, porque ambas son disfrutadas por los mismos órganos. El paralelismo

⁶⁷⁷ Véase el artículo 64, fracción III, de la Constitución de Chiapas en relación con los artículos 97, primer párrafo, y 100, fracción II, de la Ley de Control Constitucional del Estado de Chiapas. *Ídem*

⁶⁷⁸ Véase también a RIVERA LEÓN, Mauro Arturo, *La legitimación en la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional mexicana: un estudio comparado*, tesis doctoral inédita, Universidad Complutense de Madrid, 2015

⁶⁷⁹ CANOSA USERA, Raúl, *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, Madrid, Editorial Trivium, 1992, Pág. 42

resulta coherente ya que traduce la iniciativa y la defensa procesal es una doble legitimación. La legitimación permite la defensa de un interés, ya iniciado un proceso para reclamarlo, ya acudiendo a uno comenzado para rebatir las argumentaciones ajenas. En ambos casos, el ejercicio de la legitimación desemboca en la presencia activa del legitimado durante la sustanciación del proceso; en otras palabras, se convierte en parte principal con las ventajas procesales que semejante posición propicia. Y que se pueden sintetizar en una esencial: la plena libertad de fundamentación y defensa del interés esgrimido⁶⁸⁰.

La diferencia entre la legitimación activa y pasiva no tiene consecuencias en la posterior tramitación del procedimiento, toda vez que las partes principales disponen de las mismas ventajas procesales. La distinción radica en que el uso de la primera —activa— abre el procedimiento en su fase inicial, mientras que mediante la segunda el órgano facultado se apersona en el proceso para responder y en su caso rebatir las afirmaciones vertidas por quien inicio el procedimiento.⁶⁸¹

La jurisdicción constitucional chiapaneca amplía la legitimación para promover la inconstitucionalidad por omisión respecto a su similar de Veracruz. Ambas entidades otorgan legitimación activa al gobernador del Estado y a cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos. En Chiapas, además, reconoce a las minorías partidistas o parlamentarias, esto es, a cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso y cuando menos el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral ⁶⁸². Las correspondientes disposiciones reafirman lo que habíamos comentado anteriormente, respecto a que la legitimación

⁶⁸⁰ *Ídem*

⁶⁸¹ *Ibídem*, Págs. 42 y 43

⁶⁸² Véase los artículos 64, fracción I, II, III y IV de la Constitución de Chiapas, y 100 de la Ley de Control de Constitucional del mismo Estado.

activa en el proceso de acción de inconstitucionalidad y el proceso de la acción por omisión legislativa se aproximan notablemente⁶⁸³.

Dentro del proceso de la acción de inconstitucionalidad de normas, la legitimación de la minoría legislativa, recordemos, tiene por objeto tutelar los intereses de los grupos parlamentarios reducidos frente al eventual absolutismo de las mayorías; sin embargo, en la omisión esta justificación no tiene lugar, puesto que no se impugna la juridificación de expectativas políticas, sino más bien su omisión. La legitimación en este ámbito, por tanto, debe entenderse como una garantía objetiva en favor de la supremacía normativa de la Constitución y no como una garantía entre mayoría y minoría⁶⁸⁴.

La legitimación pasiva recae en el Congreso del Estado, o en alguna o algunas de las comisiones de éste. Reconocer que las comisiones del Congreso pueden acudir al proceso como partes demandadas es inusual, si lo que se reclama es la inexistencia de normas para el adecuado desarrollo de la Constitución y si se advierte que la producción normativa se atribuye al órgano legislativo en general, y no a alguna de sus comisiones⁶⁸⁵.

El actor, el demandado y, en su caso, el tercero interesado deberán comparecer a juicio por conducto de los funcionarios que, en términos de las normas que los rigen, estén facultados para representarlos⁶⁸⁶. El gobernador del Estado estará representado en este proceso por el secretario de Estado, el responsable de la unidad

⁶⁸³ ASTUDILLO REYES, César, "La inconstitucionalidad por ... *Cít.* nota 19, Pág. 354

⁶⁸⁴ *Ibidem*, Pág. 355

⁶⁸⁵ *Ídem*. Así como la fracción II del artículo 100 de la Ley de Control Constitucional de Chiapas.

⁶⁸⁶ Artículo 101 de la misma Ley.

administrativa o el consejero jurídico conforme lo determine el propio gobernador⁶⁸⁷.

a). El Gobernador del Estado

Destacamos que el carácter objetivo de la inconstitucionalidad por omisión legislativa lleva a que la legitimación activa sea semi-restringida, por consiguiente se encuentran una serie de sujetos predeterminados que por la posición y cargo que ocupan están llamados a defender el interés general, y esta legitimación se cumple otorgándola al Gobernador del Estado, que actuará, así, en interés de la Constitución, o sea, defendiendo abstractamente su supremacía. Aunque no por ello debemos destacar que es contradictorio de acuerdo a la *naturaleza de la acción por omisión legislativa*, como hemos señalado en párrafos anteriores.

Consideramos que esta facultad otorgada al Gobernador para interponer la inconstitucionalidad por omisión debería arrebatarle puesto que éste también posee la facultad para iniciar leyes. Además es confusa, ya que el plazo para iniciar la acción por omisión legislativa se sujetara a que, “si transcurridos treinta días naturales, posteriores a la presentación de la iniciativa o decreto materia de la omisión, el poder legislativo no resolviera”. Como consecuencia de ello a partir del día siguiente al vencimiento de dicho plazo, se contara con treinta días naturales para ejercitar la acción, y dichos plazos correrán, con independencia de que el congreso se encuentre en período ordinario de sesiones o en receso⁶⁸⁸.

⁶⁸⁷ Artículos 16 y 103 de la misma Ley.

⁶⁸⁸ Artículo 98 de la misma Ley.

Del 2002 al 2015, el Gobernador del Estado no ha hecho gala de esta facultad para interponer la acción por omisión legislativa en Chiapas.

b). Cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso

La legitimación activa también es otorgada a cuando menos la tercera parte del Congreso, lo cual tiene una similitud con la acción abstracta de inconstitucionalidad —prevista en la Constitución Chiapaneca—, lo cual no queda duda que es una figura para las minorías partidistas o parlamentarias. Esta legitimación se encuentra prevista en los artículos 78 al 96 de la Ley de Control Constitucional del Estado. Tanto la legitimación prevista para el Congreso como la del Gobernador se establecieron desde la creación de este instituto, en el año 2002.

A manera de corolario, el Congreso del Estado de Chiapas, se encuentra integrado por veinticuatro diputados electos según el principio de mayoría relativa, mediante el sistema de distritos uninominales, y por dieciséis diputados electos según el principio de representación proporcional, de acuerdo al sistema de listas votadas en cuatro circunscripciones plurinominales, conforme lo determine la Ley⁶⁸⁹. Así tenemos que la totalidad de diputados que integran el Congreso es de 40, por consiguiente se necesitan 14 diputados para poder interponer la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

A manera de comparación, esta facultad resulta interesante y tiene similitud al caso Brasileño, ya que en ese país también se legitima a los miembros de su órgano legislativo —particularmente a la mesa del senado federal, la mesa de la Cámara de Diputados y la mesa de la asamblea legislativa—.

⁶⁸⁹ Véase el párrafo tercero, del artículo 19 de la Constitución del Estado de Chiapas.

Para cerrar este apartado, basta decir que del 2002 al 2015 el Congreso del Estado de Chiapas no ha interpuesto ninguna acción por omisión legislativa ante el Tribunal Constitucional de Chiapas.

c). Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos

Desde el año 2002, en la reforma multicitada de la Constitución del Estado de Chiapas, en el artículo 56 —actualmente 64—, fracción III, inciso C, se estableció la legitimación a “cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos”, este ente legitimado responde a una dimensión subjetiva que hemos dicho que extrañamente parece atesorar la acción.

Llama la atención que hasta la presente fecha no existe antecedente o justificación sobre la incorporación para legitimar a este ente, para interponer esta técnica. Aducimos lo anterior, puesto que en el considerando de la Ley de Control Constitucional de Chiapas, se colige que la acción por omisión legislativa es un mecanismo o medio de control constitucional que tiene por objeto garantizar la constitucionalidad de los actos legislativos ya que al poder legislativo le corresponde la obligación de hacer las leyes, definir el marco jurídico de la acción de gobierno⁶⁹⁰.

Emergiendo de esta manera el principio de legalidad al cual debe estar sometido la administración pública, los entes y órganos de un Estado, es importante resaltar que el poder de impulsión que tiene el legislador consiste en concretar las soluciones a las necesidades y problemas de la comunidad; son las leyes las que impulsan la vida un Estado de derecho pues, como se sabe, ellas conforman un mandato de

⁶⁹⁰ Véase los considerandos de la Ley de Control Constitucional de Chiapas.

acción para los gobernantes y de acatamiento para estos y los gobernados⁶⁹¹.

Además, que no obstante, la ley puede crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, es claro que esta debe estar sometida al orden constitucional. El *estado social de derecho* establece una garantía genérica: “garantía de la constitucionalidad de todos los actos del poder público, cuya efectividad corresponde a los tribunales⁶⁹².

Así también, esta garantía no puede ser abandonada a las leyes, pues son ellas en primer término las que deben ser controladas; por consiguiente corresponde a los jueces ejercer su potestad para hacer concreto el funcionamiento de la Constitución⁶⁹³.

Así, el poder público incluido el legislativo legitimado no pertenece a una institución a una persona determinada, sino a la comunidad conformada por la población de hombres y mujeres. El poder público proviene del poder constituyente y solo puede ejercerse conforme a los mandatos de este, representados en los fines, valores, principios y derechos consagrados en la carta política. De esta manera podemos decir que el *objetivo primordial de la acción por omisión legislativa es la de garantizar que el poder legislativo como ente público del estado cumpla con su deber de dotar a la comunidad de la cual emana las leyes y disposiciones legales que permitan la armónica convivencia de los miembros de esta*⁶⁹⁴.

La acción por omisión legislativa tiene por objeto también evitar que el legislador ejerza su poder en contravía del sistema axiológico de la Constitución o de los derechos fundamentales de cada uno de los

⁶⁹¹ Véase los considerandos de la Ley de Control Constitucional de Chiapas.

⁶⁹² *Ídem*

⁶⁹³ *Ídem*

⁶⁹⁴ *Ídem*

habitantes del territorio. De esta forma surge la necesidad no solo de controlar la constitucionalidad de sus actos sino también de garantizar que la comunidad sufra algún perjuicio por parte del legislador al actuar al margen del derecho constitucional y en violación del mandato claro del constituyente⁶⁹⁵.

Sobre la base del planteamiento anterior, se formuló la Ley de Control Constitucional como una ambiciosa búsqueda de la supremacía constitucional hacia las leyes, y disposiciones legales que emanan de ella, así como de los actos de los entes, y órganos del Estado⁶⁹⁶.

Ahora bien retomado la legitimación de a “cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos”, se hace necesario explicar que Chiapas consta de 122 municipios⁶⁹⁷, significa que para interponer este mecanismo se necesitan aproximadamente 40 ayuntamientos. Esto se complica de acuerdo a cuestiones geopolíticas del Estado, así también por la cooptación existente de los presidentes municipales por parte del Gobernador del Estado.

No menos importante es apuntar que, la población total de Chiapas es de 4, 796, 580 y en cuanto a la jerarquización de los municipios de acuerdo al número de habitantes, aproximadamente se compone de la siguiente manera: 26 municipios no superan los 10 mil habitantes, 24 municipios se encuentran en el rango de 11 mil a 20 mil habitantes, 21 municipios entre 21 a 30 mil habitantes, 17 municipios entre 31 mil a 40 mil habitantes, 7 municipios entre 41 mil a 50 mil habitantes, 2 municipios entre 51 mil a 60 mil habitantes, 3 municipios entre 61 mil a 70 mil habitantes, 5 municipios entre 71 mil a 80 mil habitantes, 1 municipio entre 81 mil a 90 mil habitantes, 3 municipios

⁶⁹⁵ *Ídem*

⁶⁹⁶ *Ibídem*, Págs. 3 y 4

⁶⁹⁷ Según la reformado del 23 de noviembre de 2011, ya que anteriormente constaba de 119 municipios.

entre 111 mil a 120 mil habitantes, 17 municipios entre 31 mil a 40 mil habitantes, 1 municipio entre 141 mil a 150 mil habitantes, 1 municipio entre 181 mil a 190 mil habitantes, 1 municipio entre 191 mil a 200 mil habitantes, 1 municipio entre 321 mil a 330 mil habitantes, y finalmente 1 municipio se encuentra entre 550 mil a 560 mil habitantes (que es la capital de Chiapas, Tuxtla Gutiérrez)⁶⁹⁸.

Estas variables demuestran lo complicado que puede ser interponer la *omisión* a través de los ayuntamientos. En la actualidad — 2015—, desvelamos que la legitimación prevista para los ayuntamientos no ha sido utilizada en Chiapas.

d). Cuando menos el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral

En el año 2007 se dio una reforma a la Constitución del Estado de Chiapas, con ella se amplió la legitimación, añadiéndose el supuesto de “a cuando menos el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral”.

Con esta disposición, si bien se ha incorporado con el objeto de permitir a la ciudadanía acudir a denunciar la inactividad legislativa siguiendo de alguna manera al sistema de Tlaxcala, Nayarit, o Yucatán, pero con la diferencia que en esos estados se legitima a cualquier ciudadano.

En Chiapas, desafortunadamente esta legitimación es complicada para poder acceder, si consideramos que para las elecciones de 2012 el padrón electoral chiapaneco se compuso de 3, 215, 882 ciudadanos⁶⁹⁹,

⁶⁹⁸ Datos obtenidos en el último censo (2010) realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) www.inegi.org.mx (consultado el 04 abril de 2014)

⁶⁹⁹ Véase http://listanominal.ife.org.mx/ubicamodulo/PHP/est_sex.php?edo=7 (consultada el 21 de Noviembre/2012)

con lo cual implica que para activar este mecanismo se necesitarían alrededor de 160, 794 firmas, cifra muy elevada, de difícil acceso⁷⁰⁰ y casi inalcanzable.

Diversos autores consideran que en cierta medida esta facultad presenta características similares a una *acción popular* —de inconstitucionalidad—, aunque nosotros discrepamos de esa posición, ya que en las Constituciones de Venezuela, Tlaxcala, Nayarit y Yucatán el modelo prevé una legitimación amplia, y en el caso de Chiapas es *semi-restringida* —para ello véase el punto 1, inciso b, del capítulo III de este trabajo—. Por ejemplo en contraposición al modelo chiapaneco vemos como en Tlaxcala, al poseer una legitimación amplia es el estado que ha resuelto más casos de omisiones legislativas.

A manera de crítica, respecto al contenido del artículo 100 de la Ley de Control Constitucional, se hace consistir en que la ley, lejos de aclarar la procedencia de esta facultad, la norma *omite, no menciona o no dice nada* respecto a la legitimación “*del 5% de ciudadanos*”. Además recalcamos que la reglamentación no se encuentra actualizada, puesto que la norma fue promulgada en el año 2002, y ésta facultad o ente legitimado se incorporó a la Constitución en la reforma de 2007. Independientemente de otras reformas en diversos rubros que se han dado a la *Carta Magna* de Chiapas, pues la última fue en diciembre del 2014.

Con los comentarios anteriores, corroboramos que ha transcurrido en demasía el tiempo —aproximadamente 8 años— para adecuar la ley, ante estas circunstancias nos encontramos ante una

⁷⁰⁰ En las elecciones de 2007 el padrón electoral chiapaneco se compuso de 2,713,124 ciudadanos, lo cual implicaba que para activar este mecanismo se necesitarían alrededor de 135,656. Véase a ASTUDILLO REYES, César, “Las entidades Federativas y la Acción por Omisión Legislativa”, en *“Derecho Constitucional Estatal: Memorias de VI y VII Congresos Nacionales de Derecho Constitucional de los Estados”*, GÁMIZ PARRAL, Máximo N. y otros (Coord.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009, Pág. 227 y 228

omisión parcial o relativa, tan es así que hasta el día de hoy, la norma carece del inciso d, en la fracción III, del artículo 100.

Al intentar extraer una conclusión de las facultades “*cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos*” y “*cuando menos el 5 por ciento de los ciudadanos inscritos padrón electoral*”, y relacionando los datos de la jerarquización de los municipios de acuerdo al número de habitantes y el padrón electoral del 2012, encontramos que por la demografía variada de Chiapas, además del alto porcentaje de población indígena —sumándole el analfabetismo y bajos recursos—⁷⁰¹, hacen complicado la incoación de las acciones a través de estos entes legitimados.

Así vemos también, cómo estos datos, características, factores geográficos, económicos, raciales, culturales y religiosos, pueden obstaculizar la interposición de esta técnica. Aunado, ha como hemos dicho con anterioridad, que el Gobernador del Estado tiene cooptado a los presidentes municipales, y como consecuencia a toda la entidad federativa.

Finalmente, realzamos que al igual como todos los demás entes legitimados para interponer la acción por omisión legislativa, esta no ha sido utilizada hasta el momento en que se escriben estas líneas.

3.4. Procedimiento

El proceso para impugnar la inercia del legislador en el Estado de Chiapas se encuentra estipulado en los cuatro capítulos que conforman el título cuarto de la Ley de Control de Constitucional del Estado de

⁷⁰¹ La necesidad de estos ciudadanos de escasos recursos económicos, quizá su objetivo principal sea la de obtener recursos para su subsistencia, y difícilmente el de organizarse para solicitar al Congreso del Estado, que adecue las leyes omisas en Chiapas.

Chiapas ⁷⁰² . Su entramado normativo presenta un cúmulo de peculiaridades en función que, como lo hemos subrayado, está dispuesto para servir de estímulo del proceso legislativo.

Primero destacamos que en todo aquello que no se encuentre previsto en esos capítulos, remite al tratamiento de las Controversias Constitucionales, es decir al título II de esa ley.

La acción inicia con la presentación de la demanda. El plazo para interponerla comienza una vez transcurridos treinta días naturales posteriores a la presentación de la iniciativa o decreto materia de la omisión, si dentro de ese plazo el Poder Legislativo no resolviera. A partir del día siguiente al vencimiento de dicho plazo, se tendrán treinta días naturales para ejercitar la acción. Los plazos corren, con independencia de que el Congreso se encuentre en periodo ordinario de sesiones o en receso⁷⁰³. Obsérvese que la intención de este mecanismo es robustecer la figura del gobernador, puesto que éste goza de la facultad de presentar iniciativas de leyes, y en tratándose de la acción por omisión legislativa detenta el carácter de actor o sujeto pasivo, de demandado o sujeto pasivo, y el tercero perjudicado.

Se aprecia fácilmente que el objeto de la omisión recae únicamente en iniciativas de leyes y decretos, y no contempla aquellas materias que sin estar contenidas en iniciativas son necesarias para el adecuado desarrollo de la Constitución. Es igualmente visible, que dentro de este esquema el legislador chiapaneco se encuentra constreñido a un espacio temporal de *treinta días naturales* para resolver cualquier iniciativa, so pena de incurrir en omisión. Esto significa, por ejemplo, que si una iniciativa de ley se propone al final de

⁷⁰² Véase del artículo 97 al 110 de la Ley de Control referida.

⁷⁰³ Artículo 98 de la Ley referida.

un periodo ordinario de sesiones será necesario convocar a un periodo extraordinario para su eventual aprobación⁷⁰⁴.

Desde nuestra perspectiva, el termino para resolver las omisiones, es poco o corto, puesto que en muchas ocasiones el *silencio normativo* puede persistir por mas tiempo. En este sentido la SCJN, ya se ha pronunciado al determinar que el artículo 21 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos *no establece plazo específico* para la promoción de la *controversia constitucional respecto de omisiones*, entendiéndose por éstas las que implican un no hacer del órgano demandado y que por su especial naturaleza crean una situación permanente que no se subsana mientras subsista la omisión, de tal suerte que dicha situación se *genera y reitera día a día*, lo que produce consecuencias jurídicas que se actualizan de igual forma. Esta peculiaridad lleva a considerar que el plazo para su impugnación se actualiza día a día mientras la omisión subsista⁷⁰⁵.

En el escrito de impugnación, deberá señalarse, entre otras cosas, a los órganos legislativos o ejecutivos que hubieran remitido la iniciativa de ley o decreto omitido, las normas generales impugnadas y los preceptos constitucionales que se estimen violados. Salta a la vista que

⁷⁰⁴ Como ya lo ha puesto de manifiesto ASTUDILLO REYES, César Iván, “*Las entidades federativas y la acción por ...* Cit. en nota número 700, Pág. 230

⁷⁰⁵ CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. CUANDO SE TRATE DE OMISIONES, LA OPORTUNIDAD PARA SU IMPUGNACIÓN SE ACTUALIZA DÍA A DÍA, MIENTRAS AQUÉLLAS SUBSISTAN. Novena Época, Registro: 183581, Instancia: Pleno, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVIII, Agosto de 2003, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 43/2003, Página: 1296 Controversia constitucional 10/2001. Celestino Pérez Arroyo, en su carácter de Síndico del Ayuntamiento del Municipio de Hidalgo, Estado de Michoacán, contra el Gobernador Constitucional del Estado de Michoacán de Ocampo. 22 de abril de 2003. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y María Amparo Hernández Chong Cuy. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de julio en curso, aprobó, con el número 43/2003, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de julio de dos mil tres.

en un proceso en donde se impugna la no existencia de una norma no sea adecuado requerir que se exprese la norma general impugnada⁷⁰⁶.

Recibida la demanda, el presidente de Tribunal Constitucional⁷⁰⁷ designará, según el turno que corresponda, a un magistrado instructor a fin de que ponga el proceso en estado de resolución⁷⁰⁸.

Si a juicio del juez instructor el escrito en que se ejercita la acción es oscuro o irregular, prevendrá al demandante o a sus representantes para que hagan las aclaraciones que correspondan dentro del plazo de cinco días. Si éstas no se subsanan, pero a juicio del juez instructor la importancia y trascendencia del asunto lo amerita, procederá a correr traslado al Procurador General de Justicia del Estado por un plazo de cinco días, y de conformidad con su solicitud admitirá o desechará la demanda dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes⁷⁰⁹.

Admitida la demanda se dará vista a la mesa directiva del Congreso, para que dentro de un plazo de quince días rinda un informe en el que se contengan las razones y fundamentos por los cuales se omitió iniciar el trámite legislativo respecto de la iniciativa de ley o decreto. En los periodos de receso del Congreso dicho informe será rendido por la mesa directiva de la comisión permanente. En caso de que la iniciativa haya sido turnada a la comisión o comisiones correspondientes relacionadas con la materia que regula, se les dará vista para que rindan, en el mismo plazo y por separado, dicho informe⁷¹⁰.

⁷⁰⁶ De conformidad con el artículo 99 de la misma ley.

⁷⁰⁷ Error de esta ley reglamentaria de control constitucional al no estar actualizada, actualmente todavía establece "EL presidente de la Sala Superior del Supremo Tribunal de Justicia". Véase las críticas que se formulan en este capítulo.

⁷⁰⁸ Artículo 33 de la Ley de Control Constitucional chiapaneca

⁷⁰⁹ Primer y segundo párrafo del artículo 104 de la misma ley.

⁷¹⁰ Tercer Párrafo, del artículo 104 de la ley referida.

Una vez presentados los informes previstos en el artículo 85, o habiendo transcurrido el plazo para ello, se pondrán los autos a la vista de las partes, a fin de que dentro del plazo de cinco días formulen alegatos⁷¹¹. El precepto en cuestión reenvía erróneamente a los informes que debe presentar el órgano legislativo dentro de una acción de inconstitucionalidad, a pesar de que el artículo anterior, como puede apreciarse, señala claramente la naturaleza del informe que se requiere.

Hasta antes de dictarse sentencia el juez de la causa podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto⁷¹².

El presidente del Tribunal Constitucional —mejor dicho de la Sala Superior—, de oficio o a petición de parte, podrá decretar la acumulación de dos o más acciones por omisión legislativa, siempre que en ellas se reclame la omisión de la misma norma⁷¹³.

Agotado el procedimiento el magistrado instructor propondrá a la Sala el proyecto de sentencia para la resolución definitiva del asunto planteado.⁷¹⁴

3.5. Efectos y cumplimiento de las sentencias

Los efectos y cumplimientos de las sentencias se encuentran estipuladas en el último párrafo del inciso d), de la fracción III, del artículo 64 de la Constitución de Chiapas, al disponer que, la resolución que emita el Tribunal Constitucional que decrete la existencia de

⁷¹¹ *Ídem*, artículo 105.

⁷¹² *Ídem*, artículo 106.

⁷¹³ *Ídem*, artículo 108.

⁷¹⁴ *Ídem*, artículo 109.

omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el periódico oficial del Estado. En dicha *resolución se determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones* del Congreso del Estado, para que éste resuelva la omisión correspondiente. Así también que tratándose de legislación que deba aprobarse por el Congreso, por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de la Constitución del Estado de Chiapas, si el Congreso no lo hiciere en el plazo fijado, el Tribunal Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa”.

En sentido idéntico la Ley de Control Constitucional de Chiapas, en el artículo 110, pronuncia que la resolución que emita la Sala Superior del Supremo Tribunal de Justicia del Poder Judicial del Estado, que decrete la existencia de la omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el periódico oficial del Estado. En dicha resolución se determinara *un plazo que comprenda dos periodos ordinarios de sesiones* del Congreso del Estado, para que este resuelva sobre la iniciativa de ley o decreto de que se trate la omisión.

Al comparar estos 2 artículos, resaltamos que existe contradicción en cuanto al factor tiempo, entre lo planteado por el artículo 110 de la Ley de Control Constitucional y el artículo 64 de Constitución chiapaneca, puesto que como puede observarse la Ley reglamentaria señala 2 periodos ordinarios, y la Constitución especifica 1 periodo ordinario de sesiones, para resolver sobre la iniciativa de ley o decreto de que se trate la omisión.

Hecho esta aclaración, acto seguido pasamos a analizar los efectos de las sentencias en la acción por omisión legislativa chiapaneca.

a). Efectos de las sentencias. De conformidad con el artículo 64 de la Constitución, los efectos que el sistema chiapaneco de justicia

constitucional otorga a sus sentencias, en las acciones por omisión legislativa, son iguales, respecto a lo que establece el sistema de Veracruz. Sin embargo en el ámbito temporal, Chiapas otorga como plazo “un” periodo, y Veracruz “dos” periodos ordinarios de sesiones al Congreso del Estado, para que resuelvan la omisión, y si el Congreso no legisla dentro del periodo señalado, como ya señalamos el órgano de control está facultado por la Constitución para establecer las bases que regirán la materia en cuestión.⁷¹⁵

El plazo de un periodo ordinario de sesiones para que el Congreso dicte la norma ausente en el caso de Chiapas, es muy corto, quizá convendría ampliarlo a dos periodos. Incluso tal vez seria mejor que, el Tribunal Constitucional dé un termino máximo al Congreso para que éste, de acuerdo a sus atribuciones y facultades resuelva sobre la inconstitucionalidad, es decir como una especie de *deadline*, al estilo austriaco.

Veamos que sucede al final del proceso creado por la interposición de una inconstitucionalidad por omisión, si el Tribunal Constitucional constata la existencia de una omisión, se producirían dos niveles en los efectos de la declaración constata.

El primer nivel viene constituido por una *admonición al Congreso* para que dicte la ley o decreto en el plazo que establece la propia Constitución. Este plazo viene constituido por ⁷¹⁶ un periodo de sesiones. Esto sin tomar en cuenta la contradicción que hemos señalado en la ley reglamentaria.

La ubicación temporal del periodo de sesiones la establece con propiedad la Constitución estatal en su artículo 64, al disponer “un

⁷¹⁵ ASTUDILLO REYES, César, “La inconstitucionalidad por ... *Cit.* nota 19, Pág. 357.

⁷¹⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz –Llave, en el marco de la teoría general del dicho instituto”, en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª ed., T. IV, México, Ed. Porrúa, 2003, Pág. 3 769

periodo ordinario de sesiones” por lo tanto, el Legislativo tendrá un máximo de tres meses para proceder remediar la omisión. Ya que el artículo 26 de Constitución Chiapaneca determina que el Congreso del Estado deberá quedar instalado el día primero de octubre del año de la elección, debiendo iniciar su primer periodo ordinario de sesiones el mismo día de ese mismo mes, terminando el día treinta y uno de diciembre. Y el segundo periodo ordinario iniciará el día primero de abril, terminando el treinta y uno de julio, en los cuales se ocupará del estudio, discusión y votación de las iniciativas de ley o decretos que se le presenten y demás asuntos que le correspondan conforme a esta Constitución⁷¹⁷.

El segundo nivel de efectos tiene lugar después de superarse el periodo indicado: cuando la emanación de la ley o decreto no se produce, entonces el Tribunal “*lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa*”. Esta previsión, sin duda, también resulta criticable⁷¹⁸. Para mayor desarrollo de estas críticas, remitimos al capítulo VI, donde abordamos el tema de los *Tribunales Constitucionales como legisladores suplentes y precarios*.

Vemos como la Constitución de Chiapas, establece que si el Congreso no atiende el requerimiento del Tribunal para expedir la ley o decreto que subsane la omisión, éste deberá *establecer las bases* que guiarán a las autoridades en su proceder ante la omisión, en tanto “se expide dicha ley o decreto”. Ello no significa otra cosa que someter al Tribunal Constitucional a la obligación de *crear una norma jurídica* que establezca los *principios* que servirán de guía a los operadores jurídicos-públicos con lo que la división de poderes queda en entredicho⁷¹⁹. A

⁷¹⁷ Véase detenidamente el artículo 26 de la Constitución del Estado de Chiapas.

⁷¹⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Op. Cit.* Pág. 3 769.

⁷¹⁹ *Ibidem*, Pág. 3 770.

modo de comparación vemos como Veracruz también presenta esta característica.

La división de poderes, expresamente prevista en el artículo 16⁷²⁰ de la Constitución del Estado de Chiapas, entiende que esta “regulación” que realiza el Tribunal deberán deducirlos las autoridades que la apliquen en dichos principios básicos. La vigencia de estas bases tiene el rasgo de la *provisionalidad* a la que espera de que se actúe efectivamente el Congreso. Es curioso observar cómo los operadores jurídico-privados no están sometidos a estos principios que dicta el Tribunal, lo que puede generar disfunciones e inseguridad jurídica puesto que esta claro que habrá temas en que éstos son tanto o más potenciales destinatarios teóricos de la normativa como las autoridades⁷²¹.

Con esta crítica —como así destaca FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ— no estamos reclamando un papel del juez que se limite a articular los oportunos mecanismos de mera subsunción puesto que este papel es irreal. La concepción del juez de MONTESQUIEU de ser “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*” no se ha dado prácticamente nunca en sus exactos términos al tener siempre un papel más creativo que el que la posición mecanicista le otorgaba. Pero estas necesarias dosis de creatividad que la labor interpretativa de un órgano jurisdiccional conlleva no pueden suponer la construcción de normas jurídicas generales —aunque se destinen sólo a las autoridades— usurpando la función que le corresponde al legislador⁷²².

⁷²⁰ Establece que “Los poderes públicos del estado constituyen el gobierno del mismo y son: legislativo, ejecutivo y judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo”

⁷²¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La omisión legislativa (Veracruz) ... *Cit.* nota número 716, Pág. 3 770.

⁷²² *Ídem*

La *provisionalidad de las bases* que establece el Tribunal Constitucional deja claro que el órgano verdaderamente competente para dictar la regulación que colme la omisión legislativa es el Congreso, también resulta evidente que el mencionado Tribunal, si antes ha declarado la existencia de una omisión legislativa, y una vez que ha transcurrido el plazo señalado, se ve en la obligación de emitir *provisionalmente la ley y estará vigente hasta en tanto se subsane la omisión*. Ello hace necesario que el Tribunal sea especialmente cauto y riguroso a la hora de fiscalizar una omisión legislativa. Para afrontar las incorrecciones de la propia regulación constitucional debe tener en cuenta la transparencia no sólo jurídica sino también política que va a tener decisión y mostrarse sensible a la tan citada técnica de control de constitucionalidad conocida como *autolimitación (self-restraint)* habida cuenta el monopolio de la legislación que impone la lógica democrática⁷²³.

b) Cumplimiento de las sentencias. En cuanto al cumplimiento de las sentencias es importante señalar que la Ley de Control Constitucional al regular la acción por omisión legislativa no cuenta con un capítulo específico que disponga sobre la ejecución de las sentencias. En situación diferente si sucede con las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, para vincular al Congreso a la resolución del Tribunal Constitucional. Entonces ¿qué hará el Tribunal Constitucional cuando el Congreso persista en la omisión y no cumpla la sentencia? esto crea una incertidumbre jurídica y se constata la poca eficacia de este medio de control.⁷²⁴

En la actualidad existen estudios de su similar Veracruz respeto al cumplimiento de las sentencias. Así HERNÁNDEZ PÉREZ, propone

⁷²³ *Ibidem*, Pág. 3 771. También véase a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La omisión legislativa en la constitución del Estado de Veracruz- Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto”, en FERRER MAC- GREGOR, Eduardo y VEGA HERNÁNDEZ, Rodolfo (Coord.) *Justicia ... Cit.* en nota numero 599, Págs.154, 155 y 156.

⁷²⁴ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso, “Justicia Constitucional en ... *Cit.* nota 599, Pág. 3,849

como proyecto de Ley de Control Constitucional en Veracruz —una solución hipotética en el artículo 67— para que en caso de “La repetición de los actos reclamados pueda ser denunciada por la parte actora, ante la Sala Constitucional. Ésta dará vista con la denuncia, por el término de cinco días, a las autoridades y a los terceros interesados si los hubiere, para que expongan lo que a sus derechos convenga. La Sala, en un término no mayor de quince días, resolverá lo procedente y, si es en el sentido de que en efecto existe la repetición, dispondrá las *medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia emitida, acudiendo inclusive al auxilio de la fuerza pública*”⁷²⁵.

A manera de comparación, PIRES cree que, en el sistema brasileño se puede admitir el procesamiento del titular del órgano administrativo por la comisión de un delito contra la administración de justicia⁷²⁶. Incluso, no falta quien, yendo más allá, propone como alternativa, a todas luces bastante exagerada, la destitución provisional del sujeto responsable de la mora, con el subsiguiente nombramiento de otro a fin de implementar la voluntad constitucional⁷²⁷.

Como ya sabemos en el modelo del Chiapas todavía no se han resuelto asuntos, lo que genera muchas interrogantes por solventar, por ejemplo ¿cuál es la fórmula adecuada para el dictado de estas sentencias?, ¿qué opción de solución se adoptaría en las sentencias?, ¿es suficiente hacer la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa y comunicarlo al Legislativo omiso?, ¿éste órgano actuará en consecuencia?, ¿es necesario establecer la facultad de ordenar al

⁷²⁵ HERNÁNDEZ PÉREZ, Saray, *Análisis de la Acción por Omisión Legislativa en el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave y el Proyecto de Ley Reglamentaria*, Tesis de maestría, universidad Veracruzana, México, 2007, Pág. 84

⁷²⁶ PIRES ROSA, André Vicente, *Las omisiones legislativas ...* Cit. nota 286, Pág. 303

⁷²⁷ En tal sentido se manifiesta ROTHENBURG, Walter Claudius, *Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito: A Perda de Competência como Sanção à Inconstitucionalidade por Omissão*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, citado por RAMOS TAVARES, André, *Curso de ...* Cit. nota numero 284, Pág. 297

Legislativo que emita las disposiciones conducentes?, ¿qué vinculatoriedad tendrán estas resoluciones?, ¿se establecerá alguna sanción al órgano incumplido?, ¿se concederá algún derecho de resarcimiento al afectado con la omisión legislativa?, ¿se le permitiría al órgano jurisdiccional cubrir las omisiones en los casos en que sea posible? ⁷²⁸ ¿al dictar provisionalmente la norma el Tribunal Constitucional se convierte en un legislador positivo o verdaderamente es un intérprete supremo de la constitución?⁷²⁹, ¿en qué medida el Tribunal Constitucional puede subvenir provisionalmente a colmar los espacios vacíos dejados por el legislador? ¿qué razones legitiman esa invasión del Tribunal en ámbitos reservados al legislador? ¿hasta dónde puede llegar el órgano de justicia constitucional en esa labor?⁷³⁰, ¿Puede emitirse una legislación provisional? ⁷³¹ entre muchas más.

Intendando dar una respuesta general a las interrogantes, es oportuno mencionar que en un ámbito en donde el legislador es la parte que se denuncia, es sumamente difícil que los mecanismos de ejecución de las sentencias adquieran una eficacia plena. En todo caso, de llegar a este extremo se estaría en el peor de los escenarios, en virtud de que

⁷²⁸ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, "El control de las omisiones ... *Cit.* nota número 134, Págs. 656 y 657

⁷²⁹ En sede académica, sobre el cuestionamiento de los efectos de las sentencias en omisiones legislativas, Cossio Díaz ha comentado, que éstas parecen en cierta medida dar atisbos de ciencia ficción. COSSIO DÍAZ, José Ramón, Conferencia impartida en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012. Aunque nosotros consideramos que la realidad nos demuestra que no se trata de ciencia ficción, como veremos en el capítulo VI *en el fenómeno los Tribunales Constitucionales como legisladores suplentes y precarios*, allí analizamos algunos casos extravagantes, especialmente en Venezuela.

⁷³⁰ AGUIAR DE LUQUE, Luis, "El Tribunal Constitucional y la función ... *Cit.* nota número 47, Pág. 28

⁷³¹ BAEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por ... Cit.* nota numero 81, Pág. XV. Este autor continúa interrogándose ¿Cuál es la vía procesal idónea para plantearse? ¿Se requiere una acción autónoma? ¿A partir de qué momento aparece la inconstitucionalidad ante la ausencia de norma? ¿Hasta cuándo resulta <<razonable>> la falta de norma? ¿Cuál es el límite del juez constitucional sin que invada la esfera del legislador? ¿Qué efectos produce la declaración de inconstitucional de la norma ausente? ¿Procede de oficio? Estos son algunos de los múltiples planteamientos de esta figura que tienen que afrontar los jueces constitucionales.

implicaría una confrontación directa entre el órgano de control y el órgano legislativo, situación que no es adecuada para el normal desenvolvimiento de la vida institucional del Estado⁷³². De esta suerte el Derecho Constitucional no es ajeno al fenómeno de la inactividad vulneradora del (os) Derecho (s) y, por lo tanto, conectada a ciertas consecuencias jurídicas⁷³³. Otro aspecto es, que teniendo en cuenta que el Tribunal está facultado para dictar provisionalmente la ley, probablemente esto operaría como una *sanción hacia el Congreso*.

Esperamos que el Tribunal Constitucional de Chiapas, al dictar sus sentencias en las acciones por *omisión legislativa*, tome en cuenta a LEIBHOLZ, quien nos recuerda que un juez constitucional que pretenda cumplir rectamente su cometido deberá apreciar e interpretar las normas constitucionales no sólo con la ayuda de reglas e instrumentos de análisis gramaticales, lógicos e históricos, sino también, y sobre todo, por medio de un enfoque político sistemático⁷³⁴.

Este enfoque sugiere que es necesario estudiar, a la par de la cultura política, los procesos de socialización política, las formas, fuentes y estructuras que cotidianamente la desarrollan. Difícilmente los ciudadanos podrán tener convicciones sobre el valor y el beneficio de la legalidad si observan que las instituciones no funcionan o no se comportan con apego a lo legal⁷³⁵.

Finalmente también debemos traer a la memoria a KELSEN —en su Teoría Pura del Derecho—, quien afirma que “la Constitución que

⁷³² ASTUDILLO REYES, César, “La inconstitucionalidad por ... *Cit.* nota 19, Pág. 358. Del mismo autor véase “*Las entidades federativas y la acción por ... Cit. en nota número 700, Pág. 231*”

⁷³³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La inconstitucionalidad (Portugal) ... *Cit.* nota número 246, Pág. 335

⁷³⁴ LEIBHOLZ, Gerhard, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, Pág. 160

⁷³⁵ PESCHARD, Jacqueline, *La cultura política democrática*, Instituto Federal Electoral, México D. F., 1994, Pág. 32

regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes, al prescribir o excluir ciertos contenidos. En el primer caso, sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive por razones técnico-jurídicas, sería difícil enlazar una sanción a la falta de leyes del contenido prescrito”⁷³⁶.

4. Algunas críticas al modelo Chiapaneco

a). En cuanto al objeto

En el diseño de la acción por omisión legislativa establecida en el artículo 64, fracción III, de la Constitución del Estado de Chiapas, podemos apreciar que su objetivo final es simplemente coaccionar, intimidar o amenazar —de alguna manera si es válido usar estas expresiones— al legislador por parte del Gobernador, para evitar la excesiva tardanza en la discusión y aprobación de las iniciativas presentadas⁷³⁷.

En este sentido MARTÍNEZ LAZCANO considera que en el modelo de la inconstitucionalidad por omisión legislativa en el Estado de Chiapas, es una especie de excitativa⁷³⁸ o requerimiento que se pretende hacer al Congreso, previo proceso, para que se resuelva el proyecto legislativo que fue presentado como iniciativa de ley o decreto; llegando incluso a comparar o hacerla similar al derecho de petición de los particulares⁷³⁹.

⁷³⁶ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 1991, Pág. 234

⁷³⁷ Esto se infiere del análisis y lectura de la Ley de Control Constitucional así como de la Constitución chiapaneca. Véase a RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, “El control de las omisiones ... *Cit.* nota número 134, Pág. 634

⁷³⁸ Debe interpretarse como exhortación, o incluso se podría considerar como un impulso procesal por parte de los entes legitimados.

⁷³⁹ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso, “Justicia Constitucional en ... *Cit.* nota 599, Pág. 3, 848.

Entonces, valdría la pena replantarse hasta que punto es válido la legitimación otorgada al Gobernador para interponer el mecanismo, si éste posee la facultad de proponer iniciativas de leyes. Así el diseño normativo de la acción por omisión legislativa en Chiapas, está previsto para que se emplee como un impulso al *iter* legislativo. Esto podemos traducirlo en que el objetivo consiste en asegurar que toda iniciativa de ley o decreto, aprobándose o no, recorra la totalidad de las facetas del procedimiento legislativo.

Ahora bien, al hacer una lectura integral de los modelos previstos en otras constituciones estatales, como la de Veracruz y Quintana Roo, este mecanismo, es coincidente o similar a la de Chiapas, pues presentan las mismas características para dar impulso procesal a las iniciativas de leyes.

b). Procedimiento

En cuanto al procedimiento a seguir en la acción por omisión legislativa, se prevé —en la ley de control constitucional— que en lo no dispuesto en el capítulo para las omisiones, se estará a lo previsto por las Controversias Constitucionales. De manera puntual encontramos en el *iter* procesal, que una vez presentados los informes previstos en el artículo 85, o habiendo transcurrido el plazo para ello, se pondrán los autos a la vista de las partes, a fin de que dentro del plazo de cinco días formulen alegatos⁷⁴⁰.

Aquí el precepto en cuestión reenvía erróneamente a los informes que debe presentar el órgano legislativo dentro de una acción de inconstitucionalidad, a pesar de que el artículo 85, como puede apreciarse, señala claramente la naturaleza del informe que se requiere debe ser a las controversias constitucionales.

⁷⁴⁰ Artículo 105 de la Ley de Control Constitucional.

c) Omisión respecto al capítulo de los efectos y cumplimiento de sentencias

Debemos destacar que en cuanto al cumplimiento de las sentencias, el problema del control constitucional de las omisiones del legislador encuentra dos dificultades hasta ahora insuperables ¿cuál debe ser la sanción de una omisión legislativa? y ¿cómo se puede instrumentar la imposición de la obligación de legislar?. Porque, claro está, prever un control desprovisto de sanción no parece el remedio más eficaz.⁷⁴¹ Es así que en la Ley de Control Constitucional de Chiapas falta lo relativo a los efectos y cumplimientos de las sentencias en las acciones por omisiones legislativas, situación que llama la atención porque en las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, si existe este capítulo.

No es para menos resaltar esta situación, si consideramos que el Tribunal Constitucional está facultado para dictar provisionalmente la ley en lugar del Congreso y además la legislación dictada por el Tribunal estará vigente hasta en tanto el legislador subsane la omisión legislativa.

d). Falta de adecuación de la Ley de Control Constitucional de Chiapas a la Constitución Estatal

1). En la Ley de Control Constitucional del Estado de Chiapas encontramos diversas cuestiones a resaltar. La primera de ella es que la Ley no está actualizada o adecuada a todas las reformas de la Constitución estatal, destacando que la última reforma de la Constitución ha sido en diciembre del año 2014. Para evidenciar esta

⁷⁴¹ AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, "El control de constitucionalidad de ... *Cit. nota numero 2*, Pág. 169

situación, la Ley reglamentaria hace referencia, que la acción por omisión legislativa se encuentra plasmada en el artículo 56 de la Constitución Chiapaneca, lo cual no es cierto.

Como hemos descrito en este capítulo, la *acción por omisión legislativa* actualmente se encuentra regulada en el artículo 64. En todos los artículos de la Ley reglamentaria cuando se hace referencia a la Constitución estatal, siempre cita al artículo 56.

2). Otra cuestión a destacar, consiste en que la Ley de Control Constitucional no menciona u omite al mecanismo de control de la constitucionalidad denominado *cuestión de inconstitucionalidad*. Véase cómo los considerandos, así como en el artículo 1 de la Ley reglamentaria, sólo menciona a las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y la acción por omisión legislativa. La fracción IV, del artículo 56, ahora 64 de la Constitución estatal prevé a la cuestión de inconstitucionalidad, esto podríamos encuadrarlo como una omisión relativa.

3). La Ley de Control Constitucional no hace referencia al Tribunal Constitucional como el ente para conocer de los controles de la constitucionalidad y como interprete supremo de la Constitución, sino que menciona a la Sala Superior.

Esto ocasiona confusiones y errores en lo que respecta a la toma de decisiones del Tribunal Constitucional, puesto que la ley de Control menciona que las decisiones serán tomadas por mayoría de 5 votos, esto se contrapone a razón de que en la actualidad el TC se encuentra constituido por 5 magistrados⁷⁴². El problema deriva en que la ley reglamentaria todavía establece que en cuanto a la conformación de la

⁷⁴² Aunque actualmente el artículo 34 del Código de Organización del Poder Judicial del Estado de Chiapas, establece que “El Tribunal Constitucional residirá en la capital del Estado, funcionará en Pleno y en Sala, en sesiones públicas y por excepción secretas en los casos en que así lo exijan la moral y el interés público y *tomarán resoluciones por mayoría de votos*”. Última reforma 27-11-2014, Periódico Oficial de Chiapas.

Sala Superior es de 7 magistrados⁷⁴³, motivo por cual da razón tomar decisiones a partir de 5 votos.

4). En relación a los entes legitimados “del 5 % de los ciudadanos”, para promover la acción por omisión legislativa. La ley reglamentaria nada dice respecto a la fracción III, inciso d, del artículo 64 —antes artículo 56— en el que se regula la legitimación “del 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral” —esta fracción se incorporó a la Constitución en la reforma del 2007—. Aquí destaca que al considerarse este sujeto activo como una especie de acción popular o consulta ciudadana, ¿debería incorporarse al Código de elecciones y participación ciudadana? Cuestionamos esto, dado que el Código de elecciones y participación ciudadana prevé un extenso capítulo sobre el plebiscito, referendo, iniciativa popular, consulta ciudadana, audiencia pública, y consulta popular⁷⁴⁴. Sobre todo porque este ente legitimado hace referencia a *ciudadanos inscritos en el padrón electoral*, quizá correspondería incorporarse allí. Debido a que su desarrollo es similar a los instrumentos de participación ciudadana, descritos.

Dado que el Estado ha otorgado este derecho a los *ciudadanos inscrito en el padrón electoral*, como tal tiene la obligación de proporcionar los medios para poder acceder al mismo —no pasamos por alto también que estamos en presencia de una *omisión relativa*—.

5). De suma trascendencia y no menos importante, es la contradicción entre lo planteado por el artículo 110 de la Ley Control Constitucional de Chiapas y el artículo 64 de la Constitución estatal, ya que la ley señala “dos” periodos ordinarios y la Constitución “un” periodo

⁷⁴³ Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada en la Sección Segunda del Periódico Oficial del Estado de Chiapas, el miércoles 27 de noviembre de 2002.

⁷⁴⁴ Véase de los artículos 599 al 716, del Código de elecciones y participación ciudadana de Chiapas (última reforma publicada en el P.O. núm. 117. de fecha 30 de junio de 2014) decreto número 521

ordinario de sesiones, para resolver sobre la iniciativa de ley o decreto de que se trate la omisión.

En el 2002, año en que se incorporó la acción por omisión legislativa a la Constitución chiapaneca —a través de la *jurisdicción constitucional estatal*—, se contemplaban “dos” periodos ordinarios de sesiones para subsanar la omisión. Pero la reforma del 2007 redujo el término a “un” periodo, así que el error y contradicción en el factor tiempo data del 2007.

e). En cuanto a la técnica Legislativa

Sobre la técnica legislativa, enfatizamos que las constituciones sólo deben establecer los lineamientos generales de un Estado y es tarea del Poder Legislativo desarrollarlos⁷⁴⁵.

En México y América Latina existe la tendencia a crear constituciones de gran extensión. Como dice GARCÍA BELAÚNDE la gente tiene ilusión en las constituciones, y quieren que en ellas esté todo. La gente piensa que haciendo constituciones más completas con todo incorporado van a ser más felices pero, esto no es así. La Constitución es un instrumento y un modelo nada más⁷⁴⁶.

Por lo que no es recomendable que la Constitución contenga artículos extensos, exhaustivos, al grado de incorporar materias que en sentido estricto no es constitucional⁷⁴⁷. Muestra de ello, vemos como la Constitución chiapaneca describe una lista extensa de derechos o

⁷⁴⁵ AMEZCUA ALCALA, Luis Edgardo, *Problemas constitucionales ... Cit. nota número 40*, Pág. 107

⁷⁴⁶ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "El régimen presidencial en América Latina" en Amaya Castrillón, Juan Carlos y Velásquez Ramírez, Ricardo (Coords), *III Convención latinoamericana de derecho. Integración latinoamericana: reto para el tercer milenio*, Perú, Ediciones Jurídicas, 2001, Págs. 61-62.

⁷⁴⁷ WHEARE, K. C. *Las constituciones modernas*, España, Editorial Labor, 1971, Pág. 37.

intenta incorporarlos como si se tratase de un reglamento. Por ejemplo en 2011 se promulgó la nueva Constitución Política del Estado de Chiapas denominada del Siglo XXI, ésta se basa en los ejes de protección a los derechos humanos y *combate a la pobreza extrema*.

En esta nueva *carta magna* resalta la inclusión de 30 artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) de la ONU⁷⁴⁸. Indudablemente *cada vez es mas extensa la Constitución de Chiapas*.

f). Invasión, separación o división de poder

Consideramos que la figura de la acción por omisión legislativa resulta imperfecta por cuanto a su efectivo control de constitucionalidad y puede ser analizado desde varias ópticas. Por ejemplo, aquella que concierne al quebranto del principio de división de poderes que puede estimarse vulnerado al momento en que el Tribunal Constitucional como órgano regulador del texto supremo, ante el incumplimiento de la sentencia estimatoria de omisión legislativa por parte del Congreso, en tanto se emite *provisionalmente la ley, estando vigente esta, hasta en tanto se subsane la omisión* de la ley o decreto.

Baste con señalar que si se atiende a la naturaleza de la acción por omisión legislativa, la cual puede definirse,⁷⁴⁹ *como la violación constitucional provocada por una inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito al respecto*, se advierte que en un sentido estricto, la finalidad de dicho medio de

⁷⁴⁸ La Constitución chiapaneca destaca por ser la primera del siglo XXI; la primera del nuevo milenio, al recoger los retos de nuestros tiempos y del glorioso porvenir de nuestro amado Chiapas y es también una Constitución que está a la vanguardia de la nación. Véase SABINES GUERRERO, Juan, Discurso pronunciado por el Gobernador de Chiapas. La jornada, México, junio, 2011. <http://goo.gl/FG0NU2>, Consultado 12-julio-2011.

⁷⁴⁹ AGUIAR DE LUQUE, Luis, “*El Tribunal Constitucional y la función ...* Cit. nota número 47, Pág. 25

regulación constitucional, debería ser el provocar que el órgano controlado levante la inactividad génesis de la inconstitucionalidad, procediendo a cumplir el mandato supremo, expidiendo en la especie el acto legislativo que le sea requerido⁷⁵⁰.

Por tanto, resulta un tanto cuestionable la emisión de las leyes provisionales señaladas, que probablemente hubiese convenido más, el establecimiento del alguna medida coercitiva que garantizara el efectivo cumplimiento de la estimatoria de omisión legislativa que emita el Tribunal Constitucional, pues el ordenamiento constitucional y legal no prevén cuestión alguna sobre el particular⁷⁵¹.

El cuestionamiento en el modelo previsto en Chiapas, consiste en que el juez constitucional en modo alguno pretende suplantar al legislador pero en ningún caso, ni tan siquiera con ocasión al control de las omisiones legislativas, ni aunque fuere con carácter temporal o transitorio⁷⁵² debe hacerlo. En otras palabras, ¿puede un tribunal del estado sancionar a otro órgano en cuanto tal —no a sus miembros *uti singuli*—? Sería absurdo que un tribunal impusiese a un parlamento una sanción de multa por haber omitido una actuación de la que se dice es «debida»⁷⁵³.

Siguiendo esta línea, GARCÍA ROCA señala que el Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución, se encuentra ubicado en un territorio entre estas dos fuerzas. No debe

⁷⁵⁰ AVIÑA MARTÍNEZ, Rogelio, “La omisión legislativa ... *Cit.* nota 50, Pág. 67

⁷⁵¹ *Idem*

⁷⁵² BRÜNECK, Alexander von, “Constitutional Review and Legislation in Western Democracies”, en LANDFRIED, Christine (Ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden, 1988, véase especialmente la Pág. 256

⁷⁵³ “puó un Tribunale dello Stato sanzionare un altro organo in quanto tale (non i suoi membri *uti singuli*)? Sarebbe assurdo che un tribunale imponesse a un parlamento una sanzione per aver ommesso una attuazione di quelle attività definite <<dovute>>”, RUIZ MIGUEL, Carlos, “L’incostituzionalità per ... *Cit.* nota 116, Pág. 803

sustituir al poder constituyente ni al de reforma: no es el dueño de la Constitución. Y debe respetar ciertas deferencias con el legislador democrático desde la autocontención (*selfrestraint*), en particular; la fuerte presunción de constitucionalidad de la ley: *in dubio pro legislatore*⁷⁵⁴.

Quién definitivamente llama la atención para reflexionar, es SAGÜES, al recalcar que la solución del Estado de Veracruz, y actualmente la de Chiapas, es mas terminante, al convertir al tribunal Superior de Estado en un cuasi-legislador suplente (aunque precario). Aquí el conflicto con el principio de división de poderes es más tajante, ya que el tribunal debe sentar las bases a las que deben someterse las autoridades, mientras el legislador no actúe. Problemática similar se produce en Ecuador, con la flamante Constitución de 2008 ⁷⁵⁵ . Agregamos que lo mismo sucede con la Constitución de Venezuela; en México, los Estados de Veracruz, Chiapas, Coahuila, y Querétaro, así como el proyecto de Guerrero. En ese sentido tal parece haberse prendido una chispa que se extiende peligrosamente⁷⁵⁶.

Otro punto, es que el olvido de que toda actuación de un órgano judicial, también del juez constitucional, ha de ser rogada, no pudiendo ni debiendo actuar de oficio, o la quiebra frontal del principio de separación de poderes, que veda de raíz que el poder judicial pueda convertirse, lisa y llanamente, en legislador, son dos aspectos que

⁷⁵⁴ GARCÍA ROCA, Javier, *La experiencia de ...* *Cit.* nota 661, Pág. 31

⁷⁵⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Problemas constitucionales en la ..." *Cit.* en nota número 290, Pág. 262. También véase el capítulo VI de esta tesis.

⁷⁵⁶ Si los órganos que ejercen el control de la constitucionalidad de las leyes deben tener siempre bien presente en su actuación el principio del *self restraint*, ello debe acentuarse notablemente con el control de las omisiones legislativas. *Cfr.* FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El nuevo régimen jurídico de ..." *Cit.* nota número 110, Pág. 170

ilustran de los peligros que acechan a normaciones poco o nada rigurosas⁷⁵⁷, sobre todo en algunos países de América Latina.

En este orden de cosas, LECHNER⁷⁵⁸ opina que el Tribunal Constitucional no es un cuerpo legislativo y no es su tarea ponerse *en lugar del legislador*. También SCHLAINCH señala que este control de la omisión supone un ataque al principio de seguridad jurídica⁷⁵⁹. Ahora bien, en otro supuesto se encuentran las recomendaciones con sentencias aditivas que no afectan por principio al dogma de la separación de poderes⁷⁶⁰.

La doctrina reitera lo erróneo de una construcción que se lleve a un órgano jurisdiccional a emitir una normativa con validez temporal. En este sentido BIDART CAMPOS apunta que “no parece posible que el órgano dicte *per se* la norma reglamentaria omitida (...) habría riesgo de que se considerara violada la división de poderes”;⁷⁶¹ y ETO CRUZ advierte que “de plano debe destacarse la posibilidad de que el órgano jurisdiccional se ponga en función legislativa”⁷⁶².

g). Poca funcionalidad de las acciones por omisión legislativa

⁷⁵⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La búsqueda de nuevos cauces ... *Cit.* nota 2, Pág. 1,165

⁷⁵⁸ LECHNER, E., “Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers”, *Neue Juristische Wochenschrift*, cuaderno 49, 9-XII-1955, Pág.1,817

⁷⁵⁹ SCHLAINCH, Klaus, “Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux. Tribunal Constitutionnel fédéral Allemand”, en Favoreu, Louis (coord.), *Cours Constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1982, Págs. 144 – 150.

⁷⁶⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La omisión legislativa (Veracruz) ... *Cit.* en nota número 716, Pág. 3 770

⁷⁶¹ BIDART CAMPOS, Germán J., “La justicia constitucional y ... *Cit.* nota número 10, Pág. 15

⁷⁶² ETO CRUZ, Gerardo, *La Inconstitucionalidad por omisión*, Doctrina constitucional, Instituto de Divulgación y Estudios Jurídicos Constitucionales (INDEJUC), 1992, Trujillo (Perú), Págs. 246 y ss. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La omisión legislativa (Veracruz) ... *Cit.* nota 716, Pág. 3 771.

Sobre el fenómeno de la poca o nula funcionalidad que han tenido las acciones por omisión legislativa en Chiapas, consiste que hasta el día de hoy es evidente que no hay casos resueltos sobre omisiones⁷⁶³. A manera de comparación también Veracruz, a pesar de haber sido el primer Estado de México en incorporar este mecanismo como control de la constitucionalidad en el ámbito local, a la fecha se ha visto encallado su eficaz desarrollo al no contar con la ley reglamentaria de la misma, y sobre todo también al no tener ningún caso resuelto.

Véase que, aún con los diversos entes legitimados para interponer las acciones por omisiones legislativas tanto en Chiapas como en Veracruz no sabemos como podrían argumentar esos Tribunales constitucionales al resolver casos concretos. Por ejemplo en el caso de Brasil, encontramos que en el tema de las omisiones se manifiesta una visión tan conservadora del Supremo Tribunal Federal, aferrada todavía a concepciones procesales tradicionales que emperran la evolución de la jurisdicción de control constitucional, denotando poca comprensión sobre el quehacer que la Carta Magna ha confiado a su guardia y máximo interprete⁷⁶⁴ a través de la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Otro ejemplo en el derecho comparado, es Portugal, en el que aproximadamente en los 25 años de existencia del Tribunal Constitucional, apenas han sido presentados *siete pedidos de fiscalización de inconstitucionalidad por omisión legislativa*, en el que finalmente en dos asuntos, el Tribunal consideró procedente la omisión⁷⁶⁵.

⁷⁶³ <http://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/> (consultado 25-Marzo-2015)

⁷⁶⁴ VIVEIROS, Mauro, *El Control de Constitucionalidad: el sistema Brasileño ...* Cit. nota número 227, Pág. 350

⁷⁶⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, "A Omissão Legislativa na Jurisprudência ... Cit. nota numero 113. También "Considerando, porém, o modo bastante restritivo como a lei e a jurisprudência constitucional concretizam os termos da sua admissibilidade, deve concluir-se que a sua importância é relativamente marginal.

5. Recapitulación

Uno. La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México, sin duda alguna, viene a conformar y robustecer el sector más nuevo del *derecho procesal constitucional* identificado como *local —estatal—*, pues dichas garantías y órganos constitucionales, están dirigidas a salvaguardar exclusivamente las constituciones de los Estados, incorporando a este ordenamiento, aspectos novedosos a nivel nacional, para la protección del ordenamiento constitucional local. Esto nos lleva a concluir que tales instrumentos procesales y especialmente *la acción por omisión legislativa*, son verdaderos mecanismos de regulación constitucional, de carácter innovador en nuestro país⁷⁶⁶ y para el *derecho procesal constitucional estatal*.

Dos. No ha de extrañar que este tipo de acciones se vean con simpatía y, a la par, con esperanza, allá donde la plena vigencia de los derechos constitucionales ha encontrado en el legislador, incluso en el legislador democrático, su más soterrado adversario⁷⁶⁷.

Tres. A diferencia de lo que ocurre a nivel federal, en que la SCJN tan sólo se ha limitado ha abordarla jurisprudencialmente a falta de un reconocimiento expreso en la Constitución. En los Estados al establecer la inconstitucionalidad por omisión legislativa como medio de control en las constituciones estatales no ha sido una tarea fácil. Sin duda, han supuesto una serie de complicaciones al momento de regularla. Aunado a lo anterior, no se debe desconocer que la realidad política en cada

⁷⁶⁶ AVIÑA MARTÍNEZ, Rogelio, “La omisión legislativa ... *Cit.* nota 50, Pág. 67

⁷⁶⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La búsqueda de nuevos cauces... *Cit.* nota 2, Pág. 1, 165.

entidad federativa como a nivel federal que es absolutamente diferente⁷⁶⁸.

Cuatro. Sobre la realidad política de los Estados, existen dos cualidades que generalmente son coincidentes, la primera es que *no hay contrapeso en el Congreso* por parte de los diversos partidos hacia el Gobernador, y segunda, como consecuencia de ello en la práctica el Gobernador tiene el *control de los demás poderes*. Lo que significa que se carece verdaderamente de división de poderes.

Luego entonces, destaca que en cierta medida existe una cooptación de los Tribunales Constitucionales Locales — especialmente el de Chiapas— por parte de los Gobernadores de las entidades federativas. Ello nos lleva a señalar que el tema de las omisiones, no puede alejarse demasiado de la situación política concreta y cotidiana. Así en México la experiencia ha enseñado que los estudios constitucionales que dejan de lado la dinámica política y se centran en la estructura o diseño institucional son presa fácil de la obsolescencia, en el mejor de los casos, o de la inutilidad, en el peor. Por tanto no debe descuidarse ese aspecto político que como sabemos es un espinoso tema⁷⁶⁹.

Cinco. Aún con los diversos claroscuros, bemoles o sostenidos que puede tener el modelo de la inconstitucionalidad —acción— por omisión legislativa en el Estado de Chiapas, es bueno recordar que “sólo

⁷⁶⁸ SAMANIEGO SANTAMARIA, Luis Gerardo, “La acción por omisión ... *Cit.* en la nota 93, Pág. 410

⁷⁶⁹ BAEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por ... Cit.* nota numero 81, Pág. 2.; Véase como Carbonell también argumenta que, la negligencia legislativa, los bloqueos tanto de la oposición como del partido en el gobierno, el entorpecimiento de los dictámenes, la ausencia de responsabilidad y otras patologías parecen ser el pan de cada día en las Cámaras del Poder Legislativo mexicano. De ahí la importancia de que, desde la teoría constitucional, se aporten los conceptos y las experiencias de otros países para intentar destrabar una situación que parece haber llegado para tomar carta de residencia. *Cfr.* CARBONELL, Miguel, *En busca de las ... Cit.* nota 17, Pag.11,

merece la libertad y la vida el que cada día sabe conquistarla”⁷⁷⁰. Esto es un aliciente para observar el desarrollo de las omisiones, a través del laboratorio constitucional estatal. Aún con estas deficiencias y siendo optimistas, rechazar el instituto, quizá fomentaría el *fraude constitucional*, el fortalecimiento del Ejecutivo e, incluso, una alteración del Texto Básico ajena al procedimiento de reforma establecido, sin olvidar la desvalorización del carácter normativo de la Constitución⁷⁷¹.

Seis. Quizá la necesidad de construir doctrinas sustantivas no significa que pueda prescindirse del análisis de tipo funcional. Veamos como ocurre en otros campos. La teoría de las formas musicales —por ejemplo— define las características que debe tener una pieza musical para ser una sonata. Para poder componer sonatas, Mozart necesitó dominar la teoría de las formas, aunque obviamente no era esta teoría la que dio contenido a cada una de las sonatas que compuso. De modo análogo, una teoría funcional acerca de los *fundamentos y límites de la justicia constitucional* es necesaria para fijar el marco dentro del cual el juez puede escribir sus sonatas —sus sentencias—. Pero esa teoría funcional no predetermina, claro está, el contenido de las sentencias. Para fijar este contenido es necesario el auxilio de las doctrinas sustantivas, que tratan de interpretar cada una de las disposiciones constitucionales que protegen derechos y libertades⁷⁷². Esperemos ahora que los jueces constitucionales chiapanecos escriban sus sonatas, o por los menos interpreten algunas formas musicales sin estridencias.

Siete. Los Tribunales o Salas constitucionales estatales de México, han resuelto y conocido *muy pocos asuntos sobre omisiones*, a manera

⁷⁷⁰ IHERING, Rudolf Von, *La lucha por el Derecho*, Civitas, Madrid, 1985, Pág. 136

⁷⁷¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La inconstitucionalidad (Portugal) ... *Cit.* nota número 246, Pág. 339

⁷⁷² FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, CEPC 2da. Ed., Madrid, 2012, Pág. 51

de estadísticas véanse los siguientes datos⁷⁷³: Veracruz: 0; Chiapas: 0; Coahuila: 1; Querétaro: 0; Nayarit: 2; Tlaxcala: 8; Yucatán: 0; y Quintana Roo: 0. Los datos que se describen, son a partir del año 2000⁷⁷⁴ hasta mayo del 2015. Lo que evidencia que escasamente se ha utilizado a la inconstitucionalidad por omisión legislativa, y que la *jurisdicción constitucional estatal* de México está siendo poco innovadora y cuyos resultados podrían cuestionar la funcionalidad de este control de la constitucionalidad.

Ocho. Por último, adjuntamos una tabla actualizada a mayo del 2014, para describir cómo se encuentra el estado de la cuestión denominada “*jurisdicción constitucional estatal en México*”⁷⁷⁵.

ENTIDAD	REGULACIÓN CONSTITUCIONAL	LEY REGLAMENTARIA	C.C.	A.I.	A.L.	C.I.	O.L.
Aguascalientes							
Baja California							
Baja California Sur							
Campeche	X		X				
Chiapas	X	X	X	X		X	X
Chihuahua	X		X		X		
Coahuila de Zaragoza	X	X	X	X (OPINIÓN PREVIA CUANDO SE VETA LEY)		X (ADEMÁS CONTROL DIFUSO)	
Colima	X		X				
Distrito federal							
Durango	X		X				
Guanajuato	X	X	X	X			

⁷⁷³ Véase los portales Web, de transparencia y acceso a la información pública de los Tribunales Superiores de Justicia de cada Estado.

⁷⁷⁴ Año en que se introduce la inconstitucionalidad por *omisión legislativa* en las primeras constituciones de estatales de México, y se considera el inicio de la corriente denominada “*jurisdicción constitucional estatal mexicana*”.

⁷⁷⁵ Agradecemos infinitamente al Dr. Giovvani Azael FIGUEROA MEJIA por habernos facilitado este material.

Guerrero	X		X				
Hidalgo	X		X				
Jalisco							
México	X	X	X	X			
Michoacán							
Morelos	X		X				
Nayarit	X	X	X	X	X	X	X
Nuevo león	X	SÓLO LEY ORGÁNICA EN DOS FRACCIONES HACE MENCIÓN ART. 23 Y 18	X	X			
Oaxaca	X		X				
Puebla							
Querétaro	X	X	X	X	X		X
Quintana Roo	X	X	X	X			X
San Luis Potosí							
Sinaloa	X		X				
Sonora							
Tabasco	X		X				
Tamaulipas	X	X EXPEDIDA EL 13 DE MARZO DE 2010	X	X			
Tlaxcala	X	X	X	X	X		X
Veracruz	X	X	X	X	X	X	X
Yucatán							
Zacatecas		X (SÓLO SE HACE MENCIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DEL PJ)	X				

Entidades con control previo: Coahuila, Yucatán, Zacatecas y Nayarit

A.I. Acción de inconstitucionalidad

C.C. Controversia constitucional

A.L. Amparo local

C.I. Cuestión de inconstitucionalidad

O.L. Omisión legislativa

CAPÍTULO VI LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO LEGISLADORES SUPLENTE Y PRECARIOS

Introducción

La intención de este capítulo es describir de manera breve el fenómeno de los *tribunales constitucionales como legisladores suplentes y precarios*⁷⁷⁶ a través de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, en aquellos países en que este mecanismo se encuentra constitucionalizado⁷⁷⁷. Este fenómeno consiste, en que se faculta a los Tribunales, Salas y/o Cortes Constitucionales para dictar o expedir las bases, leyes y/o normas, ya sea de manera provisional o definitiva.

En la actualidad, las omisiones como control de la constitucionalidad, se han estado incorporando a constituciones de diferentes países, especialmente de América Latina, cuyo fenómeno se expande con mucha celeridad. Algunas constituciones de esos países conservan los rasgos originales previstos en el modelo de Yugoslavia o Portugal, sin embargo un buen número de esas *cartas magnas* también han integrado nuevos elementos —objeto de estudio en este capítulo—,

⁷⁷⁶ El concepto y/o calificativo de “Tribunales Constitucionales como legisladores suplentes y precarios” ha sido desarrollado, utilizado y acuñado por Néstor Pedro SAGÜES, para ello véase a SAGÜES, Néstor Pedro, “Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la ... Cit. en nota número 36, Pág. 3,127; también “Problemas constitucionales en la ... Cit. nota 290, Págs. 253-264; además “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2009, Págs. 71-79; así como, “Nuevas fronteras de la inconstitucionalidad por omisión. Los tribunales constitucionales en Latinoamérica como legisladores suplentes y precarios”, *VIII Congreso Mundial de la Asociación internacional de Derecho Constitucional, (Constituciones y principios)*, 6-10 de diciembre, México, D.F., 2010; y por último “Mecanismos Procesales para superar la omisión legislativa”, *Segundo Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Marzo, 2011, Pág. 49

⁷⁷⁷ Recalamos que la descripción de la *omisión* en aquellos países en los cuales son resueltas a través de las sentencias interpretativas en sus diversas modalidades ya fue analizada en el punto 5, del Capítulo III de esta tesis.

por consiguiente podríamos argumentar que este mecanismo ha mutado⁷⁷⁸.

Como hemos dicho, en América Latina se muestra la proliferación de normas constitucionales que, al hilo del control de las omisiones legislativas, están convirtiendo al juez constitucional en legislador⁷⁷⁹. Así, sin lugar a dudas este fenómeno a estudio de las *omisiones* se justifica, por ello se hace necesario analizar y reflexionar con detenimiento a través de la doctrina constitucional.

El fenómeno de los *tribunales constitucionales como legisladores suplentes y precarios* podemos encontrarlo en las constituciones de Venezuela y Ecuador. Así como, en algunos Estados de México especialmente las entidades federativas de Veracruz, Chiapas, Coahuila, y Querétaro. También en el proyecto de reforma integral de la Constitución de Guerrero.

Las principales características de esas facultades para el dictado de las bases, lineamientos y/o expedición de las leyes omisas, en el que

⁷⁷⁸ De acuerdo con la relación entre la norma constitucional y la realidad, pueden existir cuatro supuestos de mutaciones constitucionales: (a) la mutación constitucional por medio de una práctica estatal formal que no viola la Constitución; (b) la mutación constitucional por imposibilidad del ejercicio de determinadas atribuciones descritas en la Constitución; (c) la mutación constitucional por medio de una práctica constitucional contraria a la Constitución; y (d) la mutación constitucional por medio de la interpretación de la Constitución. Véase especialmente a JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la constitución*, (estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú; traducción Christian Förster), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; a HSÜ, Dau-Lin, *Mutación de la constitución*, traducción de Pablo Lucas Verdú y Christian Förster, Instituto Vasco de Administración Pública, D.L., Oñati, 1998, y también a WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Constitución Mexicana: Reforma y mutación*, Porrúa, México, 2010. Cfr. SÁNCHEZ URRUTIA, Ana, "Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 58, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, Págs. 105-135. VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática ... Cit. en nota número 147*, véase especialmente el capítulo referente a "Las modificaciones no formales de la Constitución", en dónde aborda a las mutaciones constitucionales, sus tipos, y sus límites, Págs. 177 a la 216.

⁷⁷⁹ En este mismo sentido se pronuncia FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El nuevo régimen jurídico de ... Cit. nota número 110, Pág. 170

los Tribunales Constitucionales actúan como *legisladores suplentes y precarios*, son:

- Dictar, de ser necesario, los lineamientos para su corrección⁷⁸⁰.
- Expedir la norma, o ejecutar el acto omitido, de acuerdo con la ley⁷⁸¹.
- Dictar las bases a que deban sujetarse las autoridades en tanto se expide la ley o decreto⁷⁸².
- Expedir provisionalmente la ley y dicha legislación estará vigente hasta en tanto el Congreso subsane la omisión⁷⁸³.
- Expedir los principios, bases y reglas normativas a regular conforme al fallo⁷⁸⁴.
- Dictar la regulación a que deba sujetarse el ejercicio del derecho reconocido en sentencia hasta en tanto no se expida la ley respectiva⁷⁸⁵.
- Dictar las bases a que deberán sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley, decreto o reglamento, y se

⁷⁸⁰ Artículo 336, inciso 7 de la Constitución de Venezuela de 1999.

⁷⁸¹ Artículo 436, apartado 10 de la Constitución de Ecuador de 2008.

⁷⁸² Artículo 65, fracción III de la Constitución de Veracruz, reforma del 2000.

⁷⁸³ Artículo 64, fracción III de la Constitución de Chiapas denominada del “Siglo XXI”, última reforma integral de diciembre del 2014.

⁷⁸⁴ Artículo 88 de la Ley de Justicia Constitucional Local de Coahuila, publicada en el Periódico Oficial el martes 12 de julio de 2005.

⁷⁸⁵ Artículo 91 de la Ley de Justicia Constitucional de Querétaro, publicada en el periódico oficial del Estado “La Sombra de Arteaga” el día 27 de marzo de 2009 (No.21)

procederá a la revocación del mandato de la legislatura o autoridad omisa⁷⁸⁶.

En todos estos supuestos estamos refiriéndonos a facultades cuasi-legislativas. Desde 1985, CARETTI y CHELI manifestaban que de “la observación de las diversas experiencias europeas muestra la existencia de una tendencia general expansiva que lleva a los Tribunales constitucionales a deslizarse hacia un terreno que parece resultar extraño a su esfera de competencia”⁷⁸⁷. Por otro lado, AGUIAR DE LUQUE consideraba a esta variante, que el Tribunal Constitucional bien actuaba como un verdadero legislador positivo o colegislador⁷⁸⁸. Esta advertencia o llamado de atención, vemos que se referían a las *sentencias interpretativas*⁷⁸⁹, no ha mecanismos incorporados a la Constitución como la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

A manera de una breve sinopsis histórica —propuesta por SAGÜES— muestra que la jurisdicción constitucional no fue concebida inicialmente para reparar la inconstitucionalidad por omisión, sino solamente para inaplicar reglas inconstitucionales, en el caso concreto (“Marbury vs. Madison”). Que después, bajo las directrices de Hans

⁷⁸⁶ Artículo 51.1., fracción IX, inciso c) del Proyecto de Reforma Integral a la Constitución del Estado de Guerrero, Chilpancingo de los Bravo, Guerrero, 30 de Mayo de 2006.

⁷⁸⁷ CARETTI, P. y CHELI, É. “L’influenza del valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizla costituzionale”, en *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemigiuridici contemporanei*, a cura di A. PIZZORUSSO e V. VARANO, vol. II, Milán, 1985, Pág. 1021. También FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ha puesto atención al argumentar que cuando a fines de los años sesenta el Tribunal Constitucional federal alemán asumió francamente el tema de la inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales, alertó que los jueces, para remediarla, debían tener en cuenta tanto un claro mensaje constitucional incumplido, como el transcurso de un tiempo ya irrazonable sin que se lo obedeciera, y, por último, la posibilidad de que el Poder Judicial pudiese cubrir material y jurídicamente el vacío lagunoso, prescindiendo del legislador. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión* ... Cit. en nota numero 2, Pág. 312 y Ss.

⁷⁸⁸ AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función ... Cit. nota número 47, Pág. 28

⁷⁸⁹ Véase el catálogo expuesto en las *sentencias interpretativas* y las tipologías de las mismas que se encuentran en el capítulo III, de este trabajo.

Kelsen, pudo operar como legislador negativo, derogando las normas inconstitucionales. Y que más tarde, adoptó papeles de legislador positivo, impulsando la sanción de nuevas normas, v. gr. mediante las sentencias exhortativas⁷⁹⁰.

En una cuarta etapa, al atender la inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales, cubrió vacíos lagunosos para el caso concreto, e impulsó la sanción de las normas ausentes, instando la actividad nomogenética del legislador ocioso, pautándole incluso ciertas directrices de contenido en la emisión de tales normas, y estableciendo reparaciones para el afectado por la mora legislativa genérica⁷⁹¹.

El fin de esta cuarta etapa parece alcanzar, según las soluciones de Chiapas y de Ecuador, una quinta alternativa: la gestión de un tribunal constitucional como legislador suplente y precario, sancionando bajo condición resolutoria la norma general ausente (esto es, hasta que quien debía elaborarla, lo haga efectivamente)⁷⁹². Agregamos que esa misma línea sigue Venezuela, Veracruz, Coahuila y Querétaro.

A manera de paréntesis y sin ánimos de polemizar con la clasificación histórica de la *jurisdicción constitucional*, propuesta por SAGÜES. Dejamos claro que somos partícipe de la conceptualización que el *Tribunal constitucional es el interprete supremo de la Constitución*. En esta interpretación suprema el tribunal: inaplica, conmina, apela, sugiere, repara, posterga efectos —incluso dialoga y sanciona mediante una función pedagógica—, y da lineamientos al legislador, por medio de aquellas leyes que las declara inconstitucionales. En este sentido el

⁷⁹⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión ... Cit. en nota numero 776, Pág. 78

⁷⁹¹ *Ídem*

⁷⁹² *Ídem*

Tribunal constitucional no es un legislador negativo o positivo, solo es *interprete supremo*. Acerca del concepto “derogación de normas”, este es una facultad inherente al legislador y no al Tribunal Constitucional, por tanto no estamos de acuerdo, en que el Tribunal deroga normas mediante sus sentencias, sino que inaplica normas.

En lo que si estamos de acuerdo con SAGÜES, es referente a la terminología acuñada al fenómeno de *los tribunales constitucionales como legisladores suplentes y precarios*. Estos conceptos han servido de motivación para realizar y confeccionar este capítulo, de hecho lo hemos denominado así.

1. La omisión en la Constitución de Venezuela, y Ecuador

Realizada esta brevísima introducción, a continuación describimos ésta técnica en cada uno de los países señalados. Intentamos mostrar como ha funcionado el mecanismo al momento de resolver casos concretos, ha sido complicado, pues, como veremos hay escasez de ejemplos.

1.1. Venezuela

En Venezuela —la Constitución de 1999—, se establece en el artículo 336, estipula que son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, entre varias, —inciso 7— “Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, *de ser necesario, los lineamientos de su corrección.*”

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, en su artículo 5, párrafo 1º⁷⁹³, reitera esta facultad de la Jurisdicción Constitucional, al designar a la sala Constitucional potestad para: “Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estatal o Nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, *de ser necesario, los lineamientos generales esenciales para su corrección, sin que ello implique usurpación de funciones de otro órgano del Poder Público, o extralimitación de atribuciones*”.

En este país ya se han resuelto algunos asuntos, y son relevantes la manera en cómo ha argumentado el ente resolutor. En el primer asunto **“Hernann E. Escarrá Malavé” nombramiento de los titulares del Poder Electoral**, prácticamente existió una sustitución del legislador a través del juez constitucional de Venezuela. En el segundo caso **“Fenatriade”**, la Sala Constitucional argumentó la procedencia de la *omisión* y estableció los lineamientos generales de la corrección para que el legislador las observara.

A continuación reseñamos estos casos por ser de trascendencia para este capítulo.

a). El litigio **“Hernann E. Escarrá Malavé—nombramiento de los titulares del Poder Electoral”**⁷⁹⁴, se originó con motivo de las acciones de inconstitucionalidad que se promovieron contra la omisión

⁷⁹³ Véase la *Gaceta Oficial* No. 337.942 de 19-05-2004.

⁷⁹⁴ Caso: Hernann E. Escarrá Malavé; acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional, sentencia No. 2073, de 4 de agosto de 2003, consultable en <http://www.tsj.gob.ve/>. Así también véase esta *misma sentencia* en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003. Págs. 525 y Ss.

legislativa en la designación de los integrantes del Consejo Nacional Electoral⁷⁹⁵.

La Sala Constitucional mediante sentencia No. 2073, de 4 de agosto de 2003, fijó un plazo a la Asamblea Nacional para hacer los nombramientos, luego de constatar que la designación de los titulares del Consejo Nacional Electoral no pudo realizarse por la Asamblea Nacional, al no haber logrado los acuerdos políticos necesarios que aseguraran la mayoría calificada (2/3) que exige la Constitución para realizar tales nombramientos. La Sala Constitucional dictó una segunda sentencia, la número 2341, de 25 de agosto de 2003 en la que procedió a hacer los nombramientos respectivos⁷⁹⁶.

En la primera sentencia —No. 2073, de 4 de agosto de 2003—, la Sala Constitucional argumentó que *“Si transcurrido el lapso aquí señalado, la Asamblea Nacional no ha procedido a nombrarlos, la Sala lo hará dentro de un término de diez (10) días continuos”*, fijando también en ella diversos razonamientos, entre los que destacan⁷⁹⁷:

Uno: Las designaciones que pudiera hacer la Sala no podían ser sino “provisorias”, entendiéndose que los nombrados cesarían en sus funciones cuando el órgano competente asumiera su competencia e hiciera los nombramientos respectivos.

Dos: Consideró que para realizar los nombramientos provisorios, debía “adaptarse a las condiciones que la Ley exige al funcionario”, pero aclarando sin embargo, que “debido a la naturaleza provisoria y a la

⁷⁹⁵ BREWER-CARÍAS, Allan R., “EL control de la constitucionalidad de la omisión ... *Cít.* nota número 214, Págs. 271-286.

⁷⁹⁶ Caso: Hernann E. Escarrá Malavé, *Op. Cit.* Págs. 526 y Ss.

⁷⁹⁷ Véase a BREWER-CARÍAS, Allan R., “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en Javier Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, (Editores), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, Págs. 1081-1126.

necesidad de que el órgano funcione”, la Sala no requería “cumplir paso a paso las formalidades legales que exige la Ley al elector competente, ya que lo importante es llenar el vacío institucional, hasta cuando se formalice lo definitivo”. Así, se desligaba de las exigencias constitucionales y legales que en cambio sí debía cumplir el elector (Asamblea Nacional) omiso, para llenar el “vacío institucional” que ella misma había contribuido a crear.

Tres: Constató la supuesta existencia de un “vacío institucional”, considerando que “la falta de designación de los rectores, en el lapso legal, constituye un vacío que debe esta Sala llenar, si no lo hace la Asamblea Nacional”.

Cuarto: Por último, argumentó que “a fin que no se haga nugatorio tal derecho, y para lograr la primacía de las normas constitucionales, la Sala estima que el Consejo Nacional Electoral puede *dictar normas dirigidas al ejercicio de esos derechos políticos, los cuales perderán vigencia cuando se dicten las normas respectivas por la Asamblea Nacional*; a objeto de garantizar el carácter normativo de la Constitución”.

Transcurridos los 10 días, que la Sala Constitucional había otorgado a la Asamblea Nacional para cumplir su obligación, al no lograr está la mayoría de las 2/3 partes de sus integrantes para el nombramiento de los miembros del Consejo Nacional Electoral, procedió a suplir la omisión — segunda sentencia no. 2341, del 25 de agosto de 2003— para adoptar las decisiones respecto de la omisión constatada, y señaló lo siguiente:

- a. Precisó que “en las designaciones, la Sala nombrará rectores principales o suplentes a las personas que postuló la sociedad civil, el Poder Ciudadano y las Universidades Nacionales que podían hacerlo; ello sin menoscabo de su poder para la elección de personas fuera de los que fueron candidateados”.

b. Declaró que garantizaría “al Poder Electoral que ella nombre en forma provisoria, la mayor autonomía, tal como corresponde a uno de los Poderes Públicos”; pero en la propia sentencia procedió “con el fin de facilitar la integración del Consejo Nacional Electoral y sus órganos subordinados”, no sólo a designarlos sino a establecer “su composición, así como la del Consejo de Participación Política, el cual de manera provisoria y ante el vacío constitucional, funcionaría como un ente consultivo del Poder Electoral. Para este último nombramiento, la Sala tomó en cuenta las consultas que se hicieron a los partidos políticos representados en la Asamblea Nacional y que se llevaron a cabo en el Tribunal”.

c. *Designó al Presidente y su Vicepresidente, al Secretario y al Consultor Jurídico del Consejo Nacional Electoral; a los integrantes de los órganos subordinados —Junta Nacional Electoral; Comisión de Registro Civil y Electoral; Comisión de Participación Política y Financiamiento—, integrándolos con miembros principales y suplentes del organismo, en la forma como la propia Sala lo determinó; y a los miembros de un Consejo de Participación Política*⁷⁹⁸.

Por último, los miembros del Consejo Nacional Electoral y todos los demás funcionarios nombrados por la Sala Constitucional, fueron juramentados por ella misma el día 27 de agosto de 2003.

En resumen, acerca de esta sentencia BREWER-CARÍAS acentúa que, contra todos los principios derivados del régimen constitucional *democrático representativo*, ante la omisión por parte de la Asamblea Nacional, en 2003, en los nombramientos de los miembros (rectores) del Consejo Nacional Electoral, la Sala Constitucional no sólo declaró la inconstitucionalidad de la omisión legislativa en que había

⁷⁹⁸ Véase en *Revista de Derecho Público*, ... Cit. nota numero 794, Págs. 525 y Ss.

incurrido la Asamblea Nacional, sino que se sustituyó a ella en el ejercicio de tal atribución, efectuando directamente tales nombramientos mediante sentencia No. 2341 de 25 de agosto de 2003⁷⁹⁹.

Resalta también que, el juez constitucional sin duda incurrió en usurpación de funciones legislativas, viciando su actuación al efectuar nombramientos de altos funcionarios del Estado que sólo la Asamblea nacional podía hacer como órgano de la representación popular⁸⁰⁰.

b). El caso **Federación Nacional de Trabajadores de Institutos Autónomos y Empresas del Estado “Fenatriade”**, fue resuelto en la sentencia no. 1168, del 15 de junio de 2004, la Sala Constitucional argumentó la procedencia de la omisión legislativa y estableció “los lineamientos generales de la corrección para que el legislador las observara”, refiriéndose expresamente cual sería el alcance que han de tener tales lineamientos generales⁸⁰¹.

Argumentando que “Detectada la existencia de la omisión inconstitucional del Poder Legislativo Nacional (...) debe esta Sala corregir dicha inconstitucionalidad legislativa, a través del establecimiento de los lineamientos correctivos necesarios para evitar que tal conducta negativa del Órgano Legislativo Nacional se mantenga, en perjuicio de la eficacia de la Constitución, del goce y disfrute efectivo por los trabajadores del derecho protegido por el artículo 92 constitucional, *lineamientos que en modo alguno pueden consistir en la indicación expresa de principios, normas o criterios técnicos compatibles*

⁷⁹⁹ BREWER-CARÍAS, Allan R., “EL control de la constitucionalidad de la omisión ... *Cit.* nota número 214, Pág. 274

⁸⁰⁰ *Ídem*

⁸⁰¹ Caso: Federación Nacional de Trabajadores de Institutos Autónomos y Empresas del Estado “FENATRIADE”, sentencia no. 1168, del 15 de junio de 2004, consultable en <http://www.tsj.gob.ve/>.

con la Constitución vigente que deben ser obligatoriamente acogidos por el legislador nacional, no solo porque dicha indicación con pretensión vinculante constituiría un desconocimiento del principio de técnica fundamental que es el principio de división de poderes en ramas del poder publico —que atiende tanto a la necesidad de distribuir el Poder para evitar la arbitrariedad como a la atribución de funciones a órganos especializados por materias en el acto o actividad a desarrollar— al disminuir la libertad de opciones políticas y económicas que puede considerar la asamblea Nacional al momento de establecer conforme a la Constitución el nuevo régimen del derecho a prestaciones sociales, sino también porque el mismo podría implicar un pronunciamiento previo acerca del tipo de régimen legal especial que resultaría compatible con la Constitución vigente, afectando con ello la imparcialidad de la Sala al momento de ejercer el control a posteriori de la legislación laboral que sea aprobada en definitiva, dé ser requerido dicho control”.

La Sala Constitucional otorgó a la Asamblea Nacional “un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de publicación del fallo, para que prepare, consulte, discuta y sancione conforme al procedimiento constitucional de elaboración de leyes orgánicas, la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, que contenga el nuevo régimen del derecho a prestaciones sociales, de conformidad con los criterios materiales y procesales contenidos en los referidos preceptos constitucionales”.

En este asunto UROSA MAGGI, afirma que la Sala no ejerció su jurisdicción normativa, sino que se limitó a señalar los lineamientos al legislador cuando dictase la nueva norma⁸⁰².

1.2. Ecuador

⁸⁰² UROSA MAGGI, Daniela, “Control Judicial de las omisiones legislativas ... *Cit.* nota número 267, Pág. 20

En el caso de Ecuador, es novedosa esta técnica, el artículo 436 (apartado 10) de su Constitución establece que la Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones, “Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, *la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley*”.

Con relación al plazo, la ley reglamentaria especifica que éste será establecido en la Constitución o por la Corte Constitucional. Los supuestos pueden ser⁸⁰³: 1. En el caso de las omisiones normativas absolutas, se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, *la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia*. 2. En el caso de las omisiones normativas relativas, cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, serán subsanadas por la Corte Constitucional, a través de las *sentencias de constitucionalidad condicionada*.

En correspondencia a las estadísticas de casos resueltos por la Corte Constitucional de Ecuador, encontramos que del 2008 hasta marzo del 2015 ha resuelto 2 asuntos de inconstitucionalidad por

⁸⁰³ Numeral 1 y 2, del artículo 129, de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional de Ecuador.

omisión legislativa. La primera fue en 2011, en la sentencia número 01-11-SIO, de fecha 26 de enero del 2011 (caso no. 05-10-IO). La segunda en el año 2013 a través de la sentencia número 01-13- SIO-CC (casos 01, 02, 03 y 04 acumulables-11-IO). En estos contenciosos no se entró al estudio del fondo de las omisiones, ante ello los asuntos fueron declarados improcedentes⁸⁰⁴.

Es notorio que en la receta ecuatoriana prevalece la intención de afirmar la fuerza normativa de la Constitución —así concluye SAGÜES—, entendida como regla para motorizar a la Corte Constitucional, cuando la inacción del legislador regular del caso —que puede ser no solamente el Poder Legislativo formal, sino toda otra autoridad que debe, según la Constitución, pronunciar una norma—, paraliza su eficacia. Esa suerte de anestesia inconstitucional de la Constitución, por la renuencia del legislador moroso, es salvada así, de modo subsidiario y provisional, por la Corte Constitucional⁸⁰⁵.

Continúa razonando que, es visible asimismo que la Constitución ha querido que la vigencia de los derechos enunciados por ella no quede a la merced de la voluntad del órgano normalmente emisor de normas, de sancionarlas o no sancionarlas. La solución, por cierto drástica, ha sido dejar a la magistratura constitucional —en su máximo nivel— la cobertura transitoria de la norma faltante. Para ello, la Constitución “judicializa” el conflicto – que décadas atrás era una *political question*, o cuestión política no justiciable—, y lo inserta dentro de las competencias de la Corte

⁸⁰⁴ Véase <http://goo.gl/h2fRgB> (consultado el 23/marzo/ 2015); También véase el documento *La corte constitucional en números cualitativos relatoría constitucional*, Quito, septiembre, 2012, <http://goo.gl/yhgYbn> (consultada el 15 Noviembre del 2012) hasta esta última fecha de consulta no se reflejaba información sobre las 2 sentencias descritas es este apartado.

⁸⁰⁵ SAGÜÉS, *Néstor Pedro*, “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión ... Cit. en nota numero 776, Pág. 74

Constitucional⁸⁰⁶.

2. México: Los Estados de Veracruz, Chiapas, Coahuila, Querétaro, y el proyecto de reforma de Guerrero

En México, la Constitución Federal no contempla el control de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, —como ya se describió en el capítulo IV—. Lo interesante es que algunas constituciones estatales si se prevén a este mecanismo —véase el capítulo V de este trabajo—.

Retomando el estudio del fenómeno de los *Tribunales Constitucionales como legisladores suplentes y precarios*, las constituciones de Veracruz, Chiapas, Coahuila, Querétaro, y el proyecto de Constitución de Guerrero la prevén de esa forma. Así que, a manera de pinceladas pasamos a describirlas.

2.1. Veracruz

En Veracruz —a partir del 2000— en la reforma integral del texto constitucional, se consigna expresamente el proceso de control de la constitucionalidad frente a la omisión del órgano legislativo, confiriendo legitimación para promoverla al gobernador del Estado y a cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos; y reconociendo la competencia del Tribunal Superior de Justicia para sustanciar el procedimiento, quien otorgará un plazo de dos periodos de sesiones para expedir la ley o decreto omitido. Si transcurrido dicho plazo no se emite la normativa, *el propio Tribunal dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto.*

⁸⁰⁶ *Idem*

Respecto a las estadísticas de casos, del 2002 hasta marzo del 2015, desafortunadamente no se han resuelto asuntos a través de este mecanismo, como puede consultarse en el portal web y de transparencia del Poder Judicial del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave⁸⁰⁷.

2.2. Chiapas

En el Estado de Chiapas, el mecanismo se incorporó en 2002 a la Constitución. Actualmente se encuentra contemplado en el artículo 64, fracción III de la *Constitución del Siglo XXI*⁸⁰⁸. En ella se faculta al Tribunal Constitucional para conocer de la acción por omisión legislativa. Se encuentran legitimados para incoar esta acción: el gobernador del estado, cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso o de los ayuntamientos y el cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.

Si la sentencia del Tribunal decreta la existencia de una omisión legislativa, ésta surtirá efectos a partir de su publicación en el periódico oficial del Estado, estableciendo un periodo ordinario de sesiones del Congreso, para que éste resuelva sobre la ley o decreto que omitió expedir. Si el Congreso no cumpliera en el plazo fijado, *el Tribunal Constitucional puede hacerlo provisionalmente, y dicha legislación estará vigente hasta en tanto el Congreso subsane la omisión legislativa*.

En correspondencia a los asuntos resueltos a través de esta técnica, según datos consultados en el portal web y de transparencia

⁸⁰⁷ Poder Judicial del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave <http://goo.gl/lu4n34> (consulta realizada 25 de marzo del 2015)

⁸⁰⁸ La reforma (integral) constitucional de Chiapas realizada en julio del 2011 dio como origen a que se publicara una nueva constitución denominada “Constitución del Siglo XXI”.

del Poder Judicial del Estado de Chiapas⁸⁰⁹ encontramos que hasta marzo del 2015 no existen casos resueltos sobre omisiones legislativas.

Para mayor profundidad de este modelo, remitimos al capítulo V del presente trabajo, dónde se analiza la *jurisdicción constitucional estatal en México*, y hace una *especial relevancia al Estado de Chiapas*⁸¹⁰.

2.3. Coahuila

La Constitución del Estado de Coahuila, en el artículo 158, fracción II, numeral 3, inciso f, contempla la acción de inconstitucionalidad local contra la omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria, sobre la cual debe resolver el Tribunal Superior de Justicia. Así el Pleno del Tribunal Superior de Justicia actúa como control concentrado para conocer sobre las omisiones.

Aunque también el artículo 65 de la Ley de Justicia Local, establece que las omisiones se resuelven bajo un control difuso de constitucionalidad, de modo que cualquier juez tiene facultad para desaplicar normas contrarias a la Constitución.

De modo que convergen tanto el control concentrado como el control difuso de constitucionalidad para el estudio de las omisiones.

Sin embargo, y en lo que interesa, una vez verificada la existencia de una omisión, el Pleno ordenará a la autoridad omisa dictar⁸¹¹, en un

⁸⁰⁹ <http://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/> (consulta realizada el 25 de marzo del 2015)

⁸¹⁰ Véase del epígrafe 2 en adelante, así como los *efectos y cumplimientos de las sentencias* — epígrafe 3.5—, del capítulo V de este trabajo.

⁸¹¹ Entonces debemos entender que en el control difuso de las omisiones legislativas, el juez ordinario que determina la inercia del legislador solo constata la ausencia de norma, y el pleno

plazo razonable, “las disposiciones legislativas necesarias que permitan se aplique el precepto de la Constitución falto de reglamentación, *pero en todo caso expedirá los principios, bases y reglas normativas a regular conforme a su fallo*” —artículo 88 de la misma ley—.

El único caso resuelto por el Tribunal Constitucional del Poder Judicial del Estado de Coahuila⁸¹², se encuentra en la sentencia AIL-01/2007, que versó sobre la **“Omisión en la Ley de Asentamientos Humanos y Desarrollo Urbano”**⁸¹³. En ella se determinó procedente la inconstitucionalidad por omisión legislativa, consistente en una *omisión parcial*, para los efectos de que el Congreso de ese Estado adecuará la legislación en materia de desarrollo urbano de la entidad, dentro de los sesenta días siguientes a la notificación de la resolución. Como se observaba, el ordenamiento federal, había otorgado un mandato de ejercicio expreso.

Aquí destacamos —y al mismo tiempo criticamos— que éste *Tribunal Constitucional Estatal* argumentó su resolución a través de la multicitada jurisprudencia “OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS⁸¹⁴”, criterio establecido por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Con ello dejó ir la oportunidad para ser innovador respecto a la posibilidad de *expedir los principios, bases y reglas normativas a regular a través de su fallo*.

2.4. Querétaro

del Tribunal de Justicia es quien resuelve sobre los efectos, y la expedición de la norma faltante.

⁸¹² <http://www.poderjudicialcoahuila.gob.mx/tconstitucional/> (consulta realizada el 10 de Mayo del 2012)

⁸¹³ Para mayor profundidad sobre este caso, véase en este trabajo el capítulo V, epígrafe 1.3.

⁸¹⁴ Esta jurisprudencia ha servido para realizar el análisis y clasificación de los asuntos estudiados en el capítulo IV, epígrafe 3.3. de este trabajo.

El Estado de Querétaro, en el nuevo texto constitucional del 31 de marzo de 2008, en el artículo 29, fracción IV, se faculta al Pleno del Tribunal Superior de Justicia para declarar los casos de omisión en la expedición de leyes.

La Ley de Justicia Constitucional de ese Estado, dedica el capítulo tercero a la denominada “acción por omisión constitucional”, estableciendo que:

La acción puede ser ejercida por: I) el gobernador del estado; II) los ayuntamientos o consejos municipales; III) los organismos autónomos, por conducto de quien los represente legalmente; y IV) los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado —artículo 86—.

Para su procedencia, el accionante debe acreditar que la omisión legislativa impide el ejercicio de un derecho o atribución otorgado por la Constitución de Querétaro. La acción puede plantearse en cualquier momento, mientras la omisión subsista —artículo 88—.

En caso de decretar procedente la demanda, la sentencia contendrá el plazo para que la legislatura del Estado emita la regulación necesaria —artículo 89—.

Pasado este plazo, sin que la omisión legislativa sea subsanada, la Sala Constitucional otorgará un plazo extraordinario de hasta treinta días hábiles a la autoridad condenada, a efecto de que ejecute la sentencia —artículo 90—.

En relación al fenómeno de los *tribunales constitucionales como legisladores suplentes y precarios*, en el artículo 91 se establece que si agotado el plazo extraordinario, la legislatura persiste en actitud omisa, sin perjuicio de la responsabilidad en que la misma incurra, la Sala Constitucional informará de dicha situación al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, *quien dictará la regulación a que deba sujetarse el*

ejercicio del derecho reconocido en sentencia hasta en tanto no se expida la ley local respectiva.

Desafortunadamente encontramos que del 2008 hasta marzo del 2015 no existen casos resueltos sobre omisiones legislativas, corroboramos esto con la información obtenida del portal web y de transparencia del Tribunal Constitucional del Poder Judicial del Estado de Querétaro⁸¹⁵.

Finalmente a manera de cierre, en relación a la exposición de éstos cuatros estados. Si bien cabe destacar el ánimo de justicia y de ejecución real de la constitución que caracteriza a los *tribunales constitucionales como legisladores suplentes y precarios*, en aras de otorgar una genuina eficacia y positiva vigencia de los derechos personales. Igualmente, la novedosa reprogramación que importa en la doctrina clásica de división de los poderes no la descalifica de por sí *in limine*. Pero la problemática técnica, política y funcional que conlleva, y que detallaremos en el apartado de críticas, no aconseja proyectarla como una solución deseable para todo sistema constitucional —recalca SAGÜES—⁸¹⁶.

Antes bien, lo mejor será evaluar con cautela las experiencias que ocurran en los estados de Veracruz, Chiapas, Coahuila y Querétaro que la han adoptado por conducto de la *jurisdicción constitucional estatal*, antes que repetirla en otros. Para aquéllos, ciertamente, importa un desafío digno de una cuidadosa observación por parte del resto del derecho comparado⁸¹⁷.

⁸¹⁵ www.tribunalqro.gob.mx/ (consulta realizada el 25 de marzo del 2015)

⁸¹⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión ... Cit. en nota numero 776, Pág. 78

⁸¹⁷ *Ídem*

2.5. Proyecto de reforma del Estado de Guerrero

En el artículo 51.1., fracción IX, inciso c) del Proyecto de Reforma Integral a la Constitución del Estado de Guerrero, señala que la Corte Constitucional conocerá de las acciones por omisión legislativa o reglamentaria, cuando se considere que el Congreso o cualquier órgano del poder público estatal o municipal, con facultades para legislar o reglamentar, no ha aprobado alguna ley, decreto o reglamento, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución.

Asimismo, dispone que cualquier ciudadano o servidor público podrá interponer la acción y que la resolución dictada determinará un plazo que comprenda dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión, y, en el caso de cualquier otro órgano del poder público o de los municipios, el plazo para dictar la norma respectiva será de tres meses.

Dicha resolución surtirá sus efectos a partir de su publicación en el periódico oficial de la entidad y si transcurrido el plazo no se atendiera la resolución, *la Corte Constitucional dictará las bases a que deberán sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley, decreto o reglamento, y se procederá a la revocación del mandato de la legislatura o autoridad omisa*⁸¹⁸.

Afortunadamente, este proyecto de reforma hasta el 2015 no ha prosperado en el Estado de Guerrero.

En síntesis, para cerrar la exposición de esta técnica descrito en las constituciones de Venezuela, Ecuador, Veracruz, Chiapas, Coahuila y Querétaro, el modelo es criticable en muchos aspectos, por ahora, la principal es por dictar las bases, los lineamientos y/o expedir las leyes o

⁸¹⁸ Proyecto de Reforma Integral para la Constitución del Estado de Guerrero <http://goo.gl/MKfgg4> (consulta realizada el 25 de marzo del 2015)

omisas, ya sea de manera provisional o definitiva. Vemos que el Tribunal Constitucional se convierte en un cuasi-legislador o porque no decirlo en un legislador.

Siguiendo las líneas sobre el cuestionamiento del mecanismo, SAGÜES pone de manifiesto que, no es tarea simple atender jurisdiccionalmente la cobertura de esta inconstitucionalidad por omisión. Por ejemplo, supóngase que la constitución encomienda al Poder Legislativo establecer un régimen de participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, con colaboración en su dirección y en el control de la producción, y que el Congreso permanezca renuente en esa obligación. Una magistratura constitucional que decidiese aquí poner punto final a la mora legislativa tendría frente a sí un trabajo hercúleo para elaborar soluciones individuales. Más todavía para redactar una norma general subsidiaria, en un asunto de por sí opinable y harto controvertido, con múltiples y distintas fórmulas de instrumentación, donde entran en juego diferentes índices de rentabilidad según las actividades y el tipo de establecimiento considerados, opuestos criterios políticos de redistribución de la riqueza, mediciones y resultados diversos acerca del impacto económico de las posibles cuotas y modos de repartir, etc⁸¹⁹.

Este mismo autor, recalca que el caso no es hipotético, sino que se presenta claramente en el artículo 14 bis de la Constitución nacional Argentina, sancionado en ese punto en 1957 y no reglamentado hasta la fecha —2009—⁸²⁰.

Parafraseando a BIDART CAMPOS no estamos propugnando que los jueces extralimiten el marco del orden jurídico que les hace de contorno inexpugnable, ni infravalorando las competencias del

⁸¹⁹ SAGÜÉS, *Néstor Pedro*, "Novedades sobre inconstitucionalidad por ... Cit. en nota numero 776, Pág. 77

⁸²⁰ *Idem*

legislador. Solo hay que aseverar algo muy simple: dentro de aquel perímetro y de las competencias estrictamente propias de los jueces, cada vez que por acción u omisión estos advierten que los órganos políticos han transgredido la Constitución o han dejado vacío un ámbito al que la Constitución proyecta directrices, tienen que elevarse hasta el vértice jurídico del Derecho de la Constitución⁸²¹. Y por conducto de este vértice, ser el *interprete supremo de la Constitución*.

3. La tendencia académica en América Latina

No es una exageración resaltar que, existen tendencias en la academia latinoamericana para elaborar proyectos de reformas sobre las *omisiones*, en las cuales la característica esencial del fenómeno es la descrita en este capítulo. A manera de muestra, exhibimos algunas de estas corrientes académicas.

Por ejemplo, en Bolivia, a partir del 2008 hay estudios en los que se intenta incorporar este fenómeno de las omisiones a la Constitución. Ya sea como recurso directo o abstracto⁸²², o como recurso indirecto o incidental⁸²³. Así lo propone PALENQUE DENCKER⁸²⁴, la autora justifica que la necesidad de inclusión del señalado *Recurso de las omisiones* en la legislación boliviana, es tan evidente que el propio Tribunal Constitucional como órgano contralor de la constitucionalidad,

⁸²¹ BIDART CAMPOS, Germán J. "Algunas reflexiones sobre ... *Cit.* nota numero 90, Pág. 3

⁸²² La sentencia podría declarar: I. Inconstitucional la omisión total o parcial de desarrollo normativo de la norma constitucional encargada al órgano omitente. II. Inconstitucional la omisión total o parcial de la norma jurídica desarrollada, que por el transcurso del tiempo o por circunstancias sobrevinientes se convierte en inoperante o inaplicable.

⁸²³ Véase que la sentencia declararía: I. Inconstitucional la omisión total o parcial del órgano omitente. II. Inconstitucional la omisión total o parcial de una norma jurídica inoperante o inaplicable.

⁸²⁴ PALENQUE DENCKER, Daniela del Carmen, *La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en Bolivia*, tesis de maestría, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008, Págs. 76-85

se ha pronunciado en diferentes ocasiones frente a omisiones inconstitucionales impugnadas.

Respecto a la propuesta —en ambos casos— como recurso directo o indirecto, contempla que la sentencia deberá señalar un plazo para que el órgano omitente desarrolle normativamente lo dispuesto en la Constitución. *Y en su caso, el Tribunal Constitucional expresará lineamientos a seguir*⁸²⁵.

En cuanto a la circulación y tendencia de este modelo de las omisiones, PEGORARO critica en general a cualquier sistema, al destacar que, ya sea en los sistemas concentrados o difusos, o en recursos directos o como incidentes, se presenta un dilema posterior ¿en qué medida el legislador está vinculado por las sentencias constitucionales?⁸²⁶ Si el cumplimiento de las sentencias sería una de las partes medulares al constatar una omisión.

En México, actualmente existen estudios en el que proponen incorporar a esta tendencia —mejor dicho fenómeno— de los *Tribunales Constitucionales como legisladores suplentes y precarios*. Por ejemplo MONTOYA ZAMORA⁸²⁷ propone una reforma al artículo 105, fracción III, de la Constitución Federal de México, en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria:

De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso de la Unión, cualquiera de las cámaras de éste, las legislaturas de los estados, la Asamblea de Representantes del Distrito Federal o los órganos encargados de la administración pública federal, estatal, del Distrito Federal y municipal, no han resuelto alguna ley o

⁸²⁵ PALENQUE DENCKER, Daniela del Carmen, *Op. Cit.* Págs. 80 y 81

⁸²⁶ PEGORARO, Lucio, *La justicia constitucional...* *Cit.* nota 344, Pág. 125

⁸²⁷ MONTOYA ZAMORA, Raúl, “Acciones por omisión legislativa como ... *Cit.* nota 14, Págs. 306, 307, 308 y 109

disposición normativa con fuerza de ley, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución⁸²⁸.

La resolución que emita el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde decreta la existencia de omisión legislativa, tendrá que ser aprobada por una mayoría de ocho votos, y surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Federación o en el Periódico Oficial de la Entidad Federativa involucrada; *en dicha resolución se determinará un plazo que comprenda un periodo ordinario de sesiones del Congreso de la Unión para que se resuelva*. En caso de que la autoridad encargada de legislar no diese cumplimiento en tiempo a lo ordenado por la Suprema Corte en su sentencia, *ésta indicará los lineamientos*

⁸²⁸ El ejercicio de las acciones por omisión legislativa se sujetará a las bases siguientes: 1. Sólo podrá promoverse por: a) El equivalente al 20 por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en la complementación de leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley de carácter federal o del Distrito Federal. b) El equivalente al 20 por ciento de los integrantes del Senado, en complementación de leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley de carácter federal o del Distrito Federal. c) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en complementación de leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley de carácter federal, estatal, del Distrito Federal y municipal. d) A las Universidades Públicas y Privadas con reconocimiento oficial ante la autoridad de educación en el país, en complementación de leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley de carácter federal, estatal, del Distrito Federal y municipal. e) El equivalente al 20 por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en complementación de leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley de carácter estatal y municipal. f) Las Comisiones de Derechos Humanos de las entidades federativas, en complementación de leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley de carácter federal, estatal, del Distrito Federal y municipal. g) El equivalente al 20 por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en complementación de leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley en el ámbito competencial del Distrito Federal. h) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en complementación de leyes electorales o disposiciones normativas con fuerza de ley, federales o locales. i) Los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en complementación de leyes electorales o disposiciones normativas con fuerza de ley en el ámbito competencial del Estado que les otorgó el registro. j) El Instituto Federal Electoral, en complementación de leyes electorales o disposiciones normativas con fuerza de ley de carácter federal. k) Los Institutos Electorales de las Entidades Federativas, en complementación de leyes electorales o disposiciones normativas con fuerza de ley de carácter local. l) Al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en complementación de leyes electorales o disposiciones normativas con fuerza de ley de carácter federal, estatal y del Distrito Federal. m) A los órganos jurisdiccionales electorales de las Entidades Federativas, en complementación de leyes electorales o disposiciones normativas con fuerza de ley de carácter local.

generales para el debido cumplimiento del mandato constitucional omitido, los cuales tendrán vigencia hasta en tanto se emite la disposición correspondiente por la autoridad responsable de la omisión.

Otro ejemplo, es el estudio del caso federal de México, de RANGEL HERNÁNDEZ⁸²⁹ quien expone y considera la incorporación de este mecanismo a la Constitución Federal en el artículo 105, cuyos principales lineamientos son:

E) Como solución a la omisión legislativa inconstitucional se propone que una vez constatada la existencia de la omisión el Pleno proceda a hacer la declaratoria respectiva y consecuentemente ordene a la autoridad demandada que expida las disposiciones omitidas, estipulando el plazo en que esto deberá llevarse a cabo, preferentemente sin que *exceda de dos periodos ordinarios de sesiones.*

F) . . . y ante el incumplimiento por parte de la autoridad omisa en el término señalado en el inciso precedente, se estima conveniente establecer la posibilidad de que el Pleno (de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) *dicte los lineamientos generales que han de seguirse para subsanar provisionalmente la situación en cuestión, sin que esto implique la expedición de disposiciones que pudieran entenderse como reglas abstractas y de aplicación general, ya que operarán sólo para el caso concreto y subsistirán sólo durante el lapso en que continúe la omisión y cesarán en sus efectos en cuanto el órgano legislativo expida las disposiciones generales omitidas*⁸³⁰.

⁸²⁹ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa, Teoría ... Cit.* nota numero 14, Pág. 336, La autora matiza en el sentido de que esta determinación no implica la superioridad, ni la intromisión de un Poder del Estado respecto de otro, sino que equivale prácticamente a la reiteración del mandato constitucional que ha sido desatendido —Véase la nota al pie de página número 14, de esa misma página—.

⁸³⁰ *Ídem*

Como podemos observar las propuestas de MONTROYA ZAMORA y RANGEL HERNÁNDEZ, están concebidas como un control abstracto de la inconstitucionalidad, aunque en los efectos de las sentencias — segunda propuesta— la subsanación por parte de la Corte sería solo para el caso concreto hasta en tanto persistan las omisiones legislativas.

4. Críticas

a). *Quebranto del sistema democrático.* Una de las primeras críticas sobre los modelos de las *omisiones* descritas en este capítulo, es en el sentido de que se atenta contra el sistema democrático, —como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA— que en ningún sistema constitucional, puede afirmarse en términos absolutos, ningún Tribunal, ni constitucional ni ordinario, puede enmendar —ni crear— leyes positivas. La sola presencia de un fenómeno de esa naturaleza acusaría, sin más, que el sistema no sería ya, en modo alguno, democrático⁸³¹.

En esa misma lógica también puede cuestionarse a razón de ¿quién es el Tribunal Constitucional para indicarle al legislador lo que conviene que éste haga? ¿cómo y por qué se atreve a disputarle de algún modo una iniciativa legislativa de la que el Tribunal carece a todas luces? ¿a título de qué se atreve a dar consejos no pedidos o, a formular advertencias, o juicios críticos que, no siendo juicios de inconstitucionalidad, no le corresponde emitir?⁸³².

b). *Afectación al principio de división de poderes.* Claramente se evidencia que existe una afectación al principio de división o, en

⁸³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho español*, Navarra, Thomson Civitas, 2ª. Edición, 2007, Pág. 122.

⁸³² TOMAS Y VALIENTE, Francisco, “A modo de sugerencia: notas sobre las ... *Cit.* nota numero 89, Págs. 103 y 104

definitiva, una invasión de poderes. En esa dirección FÉRNANDEZ RODRÍGUEZ considera que, el argumento más repetido a la hora de rechazar la figura de la inconstitucionalidad por omisión consiste en afirmar que su introducción atacaría el principio de división de poderes, principio que pese a los embates que ha sufrido desde distintas perspectivas sigue manteniendo plena vigencia. Esta afirmación de la ruptura del equilibrio que supone la división de poderes se podría sostener si el órgano de justicia constitucional resolviera estos casos a través de la emanación de normas de carácter provisional, duraderas hasta que el legislador dicté la disposición omitida. Ello daría lugar a que dicho órgano ultrapasaría sus funciones, pisando de esta manera las del legislador⁸³³.

Por otro lado, abordando la crítica desde el punto de vista de la supremacía normativa, que es el factor que define el modo y grado de vinculación del legislador a la Constitución, que ni exige negar la autonomía política de aquél ni mutarlo en ejecutor constitucional. La relación entre ambos, Constitución y legislador, no debe ser una relación entre dos sujetos que pugnan por la soberanía. Sino que la relación es objetiva, de una norma con los actos normativos del sujeto al que le confiere la facultad de dictarlos⁸³⁴. Cosa que no sucede en estos modelos, puesto que como hemos remarcado el tribunal se convierte en un legislador, aflorando una posible pugna entre ambos poderes.

Quizá con este modelo de las omisiones, el principio de la división de poderes esta cambiando. Como muestra de esta nueva concepción moderna de la división de poderes, algunos tribunales constitucionales están argumentando esto en sus sentencias, destaca en ello la Corte de

⁸³³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "La omisión legislativa (Veracruz) ... *Cit.* nota numero 716, Pág. 3 769.

⁸³⁴ VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad* ... *Cit.* nota numero 2, Pág. 3

Colombia⁸³⁵, que desde hace ya varios años expresó: “La doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente... Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, *en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos... El juez puede convertirse en un instrumento de presión frente al legislador*, de tal manera que éste, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados⁸³⁶. ”

c). *Abuso en la incorporación del modelo de las omisiones*. El fenómeno en cuestión llama la atención, porque en América Latina se está abusando en la incorporación o importación de figuras del control de la constitucionalidad, como es esta técnica. Especialmente como hemos visto, casos en dónde Tribunales o Cortes Constitucionales se convierten en legisladores suplentes y precarios, en la habilitación constitucional para que, ante supuestos de omisión inconstitucional en la producción de normas generales, el referido tribunal pronuncie —de manera provisional o definitiva— la regla jurídica ausente⁸³⁷.

En todas las constituciones reseñadas de este capítulo podemos anticipar que existe una gestión como legislador positivo —mejor dicho *como legisladores suplentes y precarios*— por parte de las Tribunales o Cortes Constitucionales, respecto del posible contenido que deberá

⁸³⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Las sentencias de los tribunales constitucionales, México, UNAM, Porrúa, IMDPC, 2009, Pág. 25

⁸³⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-479 de 1992.

⁸³⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Nuevas fronteras de la inconstitucionalidad por omisión ... Cit. en nota numero 776, Pág. 7

tener la futura norma a dictarse⁸³⁸. TOMAS Y VALIENTE en la sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional Español, en su voto particular nos ilustra al respecto: “la jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos; lo que no puede decirle al legislador es lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales. Si actúa así, y así ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en un legislador positivo”⁸³⁹.

Para cerrar este apartado, resaltamos la crítica que SAGÜES realiza a este modelo, concluyendo con tres argumentos, a) el técnico, b) el político, c) el funcional⁸⁴⁰. En síntesis se refiere a:

- a) El técnico. Que el objetivo primario de un Tribunal Constitucional es el de dictar sentencias y no el de elaborar normas generales, ya que para el dictado de normas se requieren técnicas específicas, así como personal especializado⁸⁴¹.
- b) El político. Que el oficio de legislar es políticamente muy significativo y que, en un *estado democrático* requiere deliberación, confrontación de posiciones, demandas colectivas e ideológicas, elaboración de fórmulas conciliatorias y transaccionales entre los diferentes grupos políticos que

⁸³⁸ SAGÜES, Néstor Pedro, *Op. Cit.* Pág. 8

⁸³⁹ Una de las más conflictivas sentencias del Tribunal Español, es la 53/1985 referida al recurso previo de inconstitucionalidad sobre la reforma del art. 417 Cp. relativo al aborto (decidida por el voto de calidad del Presidente y acompañada del «dissent» de seis Magistrados) sirve como ejemplo paradigmático de lo que la doctrina italiana llama «sentenze-delega», intento de producir legislación vinculada. *Cfr.* AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, “El control de constitucionalidad de ... *Cit.* nota 2, Pág. 184.; PIBERNAT DOMENECH, Xavier. “La sentencia constitucional ... *Cit.* nota 189, Pág. 82 y 83.

⁸⁴⁰ SAGÜES, Néstor Pedro, “Nuevas fronteras de la inconstitucionalidad por omisión ... *Cit.* en nota numero 776, Pág. 10 – 14. Véase también del mismo autor, “Mecanismos Procesales para superar la omisión ... *Cit.* en nota numero 776, Pág. 49

⁸⁴¹ *Ibidem*, Págs. 10 y 11

conforman la sociedad. Con la prudente medición de efectos que ellas pueden tener en una colectividad⁸⁴².

- c) El funcional. Por lo general, en el ámbito latinoamericano, las Cortes y Salas Constitucionales tienen una cantidad de trabajo que no guarda relación con los recursos humanos y técnicos convenientes para asumirla. En otras palabras, resultan desbordadas por una catarata de procesos constitucionales de toda laya, concernientes tanto a la llamada “jurisdicción de la libertad” (protectora de los derechos personales), como a la “jurisdicción orgánica” (solución de conflictos de poderes y de controversias entre los órganos del Estado, por ejemplo)⁸⁴³.

5. Recapitulación

Uno. Podría decirse, sin exagerar, que el instituto procesal a que nos estamos refiriendo bajo el calificativo de “*Tribunales constitucionales como legisladores suplentes y precarios*”, navegan a toda vela en ciertos ámbitos geográficos, siendo Latinoamericanos el mejor exponente de ello, y esa circunstancia no deja de presentar claroscuros⁸⁴⁴.

Dos. De lo expuesto en este capítulo, se pensaría que no se ve otra solución más que la de, lisa y llanamente, prescindir, suprimir estos institutos de control. No es así. No pensamos que haya que postular su supresión en aquellos países o áreas geográficas —en Latinoamérica y, en menor medida, en Europa centro-oriental— en los que las acciones de inconstitucionalidad por omisión son visionadas como un instrumento útil para salvaguardar la plena vigencia, la plena

⁸⁴² *Ibídem*, Pág. 12.

⁸⁴³ *Ibídem*, Pág. 13

⁸⁴⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La búsqueda de nuevos cauces ... *Cit.* nota 2, Pág. 1,165

eficacia, de la Constitución⁸⁴⁵. Lo que nosotros denominamos el *laboratorio constitucional*.

Tres. El principio de división de poderes no es el único argumento que se formula contra la incorporación del control constitucional de las omisiones legislativas, también se presentan las dificultades de implementación, los condicionamientos socio-económicos, la vulneración del principio de legalidad y de reserva legal, el carácter de legislador negativo del Tribunal Constitucional, la discrecionalidad del legislador, la inexistencia de previsión expresa en el ordenamiento jurídico de la inconstitucionalidad por omisión, la plena exigibilidad de las normas programáticas aún cuando no exista la ley que las desarrolle⁸⁴⁶, y un largo etcétera.

Cuatro. Como ya se ha hecho notar, el Tribunal Constitucional Estatal de Coahuila de Zaragoza, es el único que ha emitido una resolución, a través del caso **“Omisión en la Ley de Asentamientos Humanos y Desarrollo Urbano”**. Así, Coahuila es el primero —y por ahora el único— en resolver asuntos en el fenómeno de los *Tribunales Constitucionales como legisladores suplentes y precarios* por medio del movimiento denominado *jurisdicción constitucional estatal en México*. Resalta que esta resolución fue construida y argumentada con la jurisprudencia **“Omisiones legislativas, sus tipos”**⁸⁴⁷, en ella se observa que este tribunal desafortunadamente ha sido poco innovador respecto al fenómeno que estudiamos en este capítulo.

⁸⁴⁵ *Idem*. Este autor determina “Sin embargo. No creemos estar ante un instituto que haya que reivindicar en países, como España, en donde ni existe ni se siente su ausencia”. Aclaremos que en España si existe la omisión legislativa, pero se abordan por conducto de las *sentencias interpretativas*. No se encuentra incorporada en la Constitución.

⁸⁴⁶ Para una breve reflexión sobre estos planteamientos. ANDRÉS PARRA, Diego, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Perspectivas del problema”, *Foro. Revista de Derecho*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, núm. 4, 2005. véase especialmente de las páginas 74-80. Rojas Manrique, op. cit., nota 10, Págs. 107 y Ss.

⁸⁴⁷ Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, la cual ha sido descrita en el capítulo IV de este trabajo.

Cinco. Finalmente, en cuanto al fenómeno de los *Tribunales Constitucionales como legisladores suplentes y precarios*, encontramos que de los resultados y análisis obtenidos, podemos llegar a la conclusión que en la mayoría de los casos estudiados, la aplicación de esta figura por parte de los Tribunales ha sido predominantemente fallida. Los siguientes datos lo ilustran: Venezuela, 2 asuntos; Ecuador, Veracruz, Chiapas, y Querétaro, 0 asuntos; y Coahuila, 1 asunto, pero no expidió las bases, reglas normativas. Además si tomamos en cuenta que la inconstitucionalidad por omisión legislativa en las constituciones analizadas, la primera ha sido incorporada en 1999 —Venezuela— y las dos últimas en 2008 —Ecuador y Querétaro—.

Motivo por el cual quizá podríamos decir que ha caído en desuso hasta llegar a un estado cuasi-vegetativo —así sucede actualmente en América Latina—. Lo que deja un sabor agri dulce, en el que la agrura tiene prelación⁸⁴⁸. Hasta hoy —2015— el modelo descrito en este capítulo ha sido meramente simbólica. Esperamos que los tribunales lleguen a conocer y resolver mas casos, en el que utilicen la facultad de *los tribunales constitucionales como legisladores suplentes y precarios*. Y así, finalmente, podamos nutrarnos de mayores experiencias en el *laboratorio constitucional*.

Para finalizar de manera optimista sobre el fenómeno estudiado en este capítulo, llamamos la atención que “el sistema federal tiene una ventaja particular: permite experimentar, a escala reducida, fórmulas discutibles cuyo resultado puede servir como provechoso dato para proyectarlo, o no, a nivel nacional⁸⁴⁹”.

⁸⁴⁸ Existen pronunciamientos en este mismo sentido, por ejemplo véase a FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La búsqueda de nuevos cauces ... *Cit.* nota 2, Pág. 1,165

⁸⁴⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Problemas constitucionales en la ... *Cit.* nota numero 290, Pag. 624

CONCLUSIONES

PRIMERA. Una conclusión a la que arribamos con certeza, es de índole histórica para México, puesto que revelamos con los trabajos de FRISCHI PHILIPP y TORRES EYRAS —publicado en 1970— y de BIDART CAMPOS —en 1978—, que desde hace varias décadas se han estudiado a las *omisiones*.

Los materiales anteriores valen la pena divulgarlos, porque para la *historia del Derecho mexicano* es una aportación de nuestro trabajo. Resaltamos esto dado que la mayor parte de los estudios que abordan a las *omisiones* en México hacen referencia a las publicaciones de WESSEL (Alemania, en 1952) y MORTATI (Italia, en 1970 y 1972). Aunado a que en México se tiene la idea que las *omisiones legislativas* es un tema novedoso que apenas se empiezan a estudiar, lo que no resulta del todo cierto. En este sentido FERNANDEZ RODRÍGUEZ se ha pronunciado al afirmar que, “acerca de la escasez de la literatura sobre esta figura, ya no puede hoy sostenerse”.

SEGUNDA. El tema de las *omisiones* ha sido importante tanto para la jurisdicción constitucional europea como para la iberoamericana. Muestra de ello, en la XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, celebrado en Lituania en 2008, como tema central se abordaron “Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional”. Y en cuanto a Iberoamérica, en la VII Conferencia de Justicia Constitucional, realizada en México en 2009, también se analizaron a “Las omisiones legislativas”.

TERCERA. La antigua Yugoslavia fue el país “innovador” en constitucionalizar o crear el control abstracto de las omisiones legislativas. Pero por el régimen y tipo de gobierno socialista que poseía no puede argumentarse que ese país haya exportado el modelo de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, sino más bien debe entenderse que el modelo constitucional circuló a diversos países a

través de una *imitación consciente*. Esta *imitación consciente* de las instituciones constitucionales, consiste en la ponderada voluntad del constituyente de imitar “cierto modelo”, siendo plenamente responsable de las razones y de los fines que se pretenden alcanzar.

Al parecer este mecanismo de control de la constitucionalidad no fue usado en la antigua República Socialista de Yugoslavia, quizá se debió a diversas circunstancias políticas, en el sentido que el régimen socialista tenía cooptado a todos los poderes, al centralizar las decisiones de manera omnipresente en su presidente Josip Broz Tito.

Destaca que el modelo de control de la inconstitucionalidad por omisión, diseñado por la antigua Yugoslavia, primero circuló a Portugal, para posteriormente incorporarse en la Constitución de Brasil. Así, Brasil, fue el primer país en América Latina, en desarrollar esta técnica en su *carta magna*.

CUARTA. En la actualidad las omisiones legislativas sin lugar a dudas actúan como mecanismo de control de la constitucionalidad ya sea en un sistema abstracto o concreto, sin embargo presentan diversos matices y variables. En algunos países se encuentran constitucionalizados o incorporados a las constituciones, y en otros se abordan a través de las *sentencias interpretativas* como vicios de inconstitucionalidad.

Dentro de los países que tienen incorporado a las omisiones en sus constituciones destacan: La antigua Yugoslavia, Portugal, Brasil, Venezuela, Ecuador, Argentina —Provincia de Río Negro—; en México a través de la *jurisdicción constitucional estatal*, las entidades federativas de Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Coahuila, Nayarit, Querétaro y Yucatán —ocho en total—.

Entre los países que abordan a las omisiones con las sentencias interpretativas sobresalen, Alemania, Italia, España, incluso Portugal,

Austria, Sudáfrica, Argentina, Bolivia, Colombia y México —en el sistema federal—.

Así, en todo el trabajo, evidenciamos la existencia de las omisiones a través de casos resueltos por Tribunales —ejemplos extraídos del Derecho comparado, con una visión general, integral y de conjunto— en modelos incorporados a las constituciones y el de las *sentencias interpretativas*.

Al extraer conclusiones a través de las estadísticas de los casos estudiados sobre como se abordan a las omisiones, encontramos que, en los modelos que se encuentran incorporados a las constituciones, existen menos asuntos resueltos, en comparación con los modelos de las *sentencias interpretativas*.

Para ejemplificar esto, en México —en el sistema federal— del análisis de casos resueltos por la SCJN, localizamos 15 asuntos abordados por conducto de las sentencias interpretativas. En contraste al movimiento de la *jurisdicción constitucional estatal*, en la cual hallamos 8 litigios resueltos por las Salas o Tribunales Constitucionales Estatales —Tlaxcala: 6, Coahuila: 1 y Nayarit:1—. Aún cuando ocho estados tienen incorporados en sus constituciones a las *omisiones*.

QUINTA. En el sistema federal de México, hemos comprobado y demostrado que no solo es cierto, sino claro, que las omisiones se han abordado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para ello analizamos diversos contenciosos constitucionales y resalta especialmente el voto concurrente de la Controversia Constitucional 25/2008. En ese voto se evidencia con claridad, un estudio comparado de las omisiones legislativas así como los efectos de las sentencias, y las soluciones de esta problemática en algunos países europeos.

También es importante resaltar que en la sentencia de la Controversia Constitucional 80/2004 **“Servicios públicos municipales. Omisión legislativa del Congreso del Estado de**

Chihuahua”, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido una definición de las omisiones legislativas, en el sentido que éstas, “se refieren a las violaciones a la Constitución derivadas no de una acción, sino de una omisión del legislador, en su función primordial de expedir leyes”.

Además la omisión “puede producirse cuando el legislador no observa en un *tiempo razonable* o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un *mandato concreto* de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o bien cuando al expedir una ley, dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía”.

Así la Suprema Corte de Justicia de la Nación, delineó con claridad que “la omisión legislativa no existe únicamente cuando el legislador desconoce mandatos concretos de legislar, sino también cuando se regula una materia de *manera incompleta o deficiente* desde el punto de vista constitucional”, traducidiéndose que, “*la omisión legislativa puede ser absoluta o parcial*; la primera, se da ante la ausencia total de una ley cuya emisión se prevé en el marco constitucional; la segunda, cuando el legislador al dictar una ley en ejercicio de su facultad constitucional, lo hace en forma deficiente o incompleta.”

Sin lugar a dudas, la SCJN de México posee tesis jurisprudenciales, criterios, sentencias y un largo etcétera, en las que determina con fulgor como se entienden o comprenden, en que consisten y como se clasifican a las omisiones legislativas. Muestra de lo anterior es la multicitada jurisprudencia **“omisiones legislativas, sus tipos”**. Con esta jurisprudencia la clasificación quedó así:

- a) *Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio*, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho;

b) *Relativas en competencias de ejercicio obligatorio*, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente;

c) *Absolutas en competencias de ejercicio potestativo*, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga; y,

d) *Relativas en competencias de ejercicio potestativo*, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente.

De esta suerte en la *Jurisdicción Constitucional Federal de México* podemos inferir que las *omisiones* se encuentran a través de las *sentencias interpretativas*. Es decir la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de esta técnica, por medio de los mecanismos de control de la constitucionalidad como son: el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.

En el derecho comparado —el Tribunal Constitucional español, italiano y alemán, por citar algunos— se ha demostrado que las *sentencias interpretativas* son las vías más “idóneas” para resolver las omisiones. En este mismo sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe continuar conociendo y resolviendo sobre la inercia del legislador a través de las *sentencias interpretativas*.

SEXTA. En cuanto al movimiento de la *jurisdicción constitucional estatal en México*, actualmente ocho entidades federativas poseen esta técnica, siendo: Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Coahuila, Nayarit, Querétaro y Yucatán; además dos entidades, Guerrero y Tabasco, cuentan con proyectos o iniciativas de reformas constitucionales en esa materia.

Referente a la *jurisdicción constitucional estatal*, hacemos hincapié que una vez analizado el modelo de las omisiones en la propuesta prevista en la Constitución del Estado de Chiapas, destaca que hasta el 2015, el Tribunal Constitucional Local no ha resuelto asuntos sobre la acción —inconstitucionalidad— por omisión legislativa. Este dato es importante, en el sentido que el modelo chiapaneco puede ser considerado como un *laboratorio constitucional*, cuyos resultados podrían impactar a la *jurisdicción constitucional federal de México*.

Lo anterior nos lleva a considerar que en México, aun cuando el mecanismo de las omisiones empezó a incorporarse a las constituciones estatales en el año 2000, apenas se está experimentando en estos controles de la constitucionalidad. Tan emergente es este tema, que en todos los estados de México debe construirse la teoría general de la acción —inconstitucionalidad— por omisión legislativa.

Otro dato importante es, que al comparar y analizar el número de asuntos resueltos entre los estados de Tlaxcala, Nayarit y Coahuila, encontramos que la justificación para que Tlaxcala posea más asuntos solventados, se debe a que la legitimación para promover la inconstitucionalidad por omisión legislativa, es amplia. De esta forma observamos que los asuntos descritos en el capítulo V relativos al estado de Tlaxcala, estos han sido promovidos por personas residentes en esa Entidad.

SÉPTIMA. Así las cosas, en cuanto a las omisiones legislativas en México, podemos deducir que estamos en presencia de su creación por dos fuentes. La primera, a través de las *sentencias interpretativas* en los casos que ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Y la segunda, con la incorporación en las constituciones de diversas entidades federativas que integran la federación de México —*jurisdicción constitucional estatal*—.

Otra fuente o perspectiva de creación, en cómo podemos encontrar a las omisiones legislativas en México, las encuadramos en:

a). Un sistema concentrado, a través de los casos que la SCJN resuelve en su calidad de Tribunal Constitucional;

b). En un sistema difuso, con el control que hacen todos los jueces federales y estatales, fundándose en el caso *Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos* —sentencia de 23 de noviembre de 2009— y la reforma en Derechos Humanos —10 de junio del 2011—;

c). En un sistema de control de convencionalidad, es decir cuando la Constitución Federal de México no reconozca u omita algunos derechos humanos y estos se encuentren admitidos en los tratados internacionales. El control podría ser realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por todos los jueces federales o estatales de México, y;

d). A través de las salas o tribunales constitucionales locales, en los cuales la inconstitucionalidad por omisión legislativa se encuentra incorporada a las constituciones de los estados de México, es decir a través de la *jurisdicción constitucional estatal*.

OCTAVA. A razón del fenómeno “*Los Tribunales Constitucionales como legisladores suplentes y precarios*”, consideramos que en América Latina se está abusando en la incorporación o importación de figuras del control de la constitucionalidad como es este tipo o modelo de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. En este fenómeno habría que replantearse el quebranto del sistema democrático, y la afectación del principio de división de poderes, principalmente.

Además llama la atención que de los casos resueltos con este fenómeno, solo Venezuela ha tenido cierta actividad. En México el estado de Coahuila ha suelto un asunto. Esto nos lleva a precisar que el modelo de los *Tribunales Constitucionales como legisladores suplentes y*

precarios previstos en las omisiones y que se han incorporado a diversas constituciones está siendo poco innovadora, por no decir poco afortunada.

También en los países donde existe el fenómeno de los *Tribunales constitucionales como legisladores suplentes y precarios*, quizá sería pertinente que no se invada la competencia, la división de poderes o la división de funciones. Así sugerimos que en las sentencias sólo se declare la existencia de la omisión, y los tribunales constitucionales no dicten la norma de manera provisional —aún así estamos a la espera en cómo evoluciona este laboratorio constitucional—. La crítica final a este modelo es que, quien es guardián e interprete supremo de la Constitución no puede convertirse en legislador.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª edición, Trotta, Madrid, 2004.

AFONSO DA SILVA, José, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., 3ª tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, 1993.

AFONSO DA SILVA, José, “Eo controle de constitucionalidade das leis no Brasile”, en GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coord.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.

AGUIAR DE LUQUE, Luis, “Balance estadístico de cinco años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 50, marzo-abril 1986.

AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, No. 24, Madrid, 1987, Págs. 9-30.

AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas,” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, enero-abril, Madrid, 1991.

AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales, o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º. 62, mayo-agosto, Madrid, 2001, Págs. 301-350.

AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales, o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional”, *La democracia Constitucional, Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002, P. 1701-1745.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “*El oficio de jurista*” (Coord. Luis Díez-Picazo) Madrid, siglo XXI, 2006.

ANDRÉS PARRA, Diego, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Perspectivas del problema”, en *Foro. Revista de Derecho*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, núm. 4, 2005.

ANG, Osbaldo Salvador, "Chihuahua y la inconstitucionalidad por omisión legislativa", en *Quid Iuris* Año 6, Volumen 17, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, México, Junio, 2012.

ANTELA GARRIDO, Ricardo, "Acción de inconstitucionalidad por omisión v/s acción por carencia: Contribución al estudio de sus diferencias procesales", *Revista de Derecho Constitucional*, n°. 9, Enero-Diciembre, Caracas: Sherwood, 2004, Págs. 7-33.

AMEZCUA ALCALÁ, Luis Edgardo, *Problemas constitucionales con motivo de omisiones legislativas*, tesis de licenciatura, México, Facultad de Derecho, UNAM, 2003.

ALONSO GARCÍA, Ma. Consuelo, *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

ALONSO GARCÍA, Ma. Consuelo, "La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales", en *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, no. 157, enero-abril, Madrid, 2002, p. 215-240.

ARZOZ SANTIESTEBAN, Xabier, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014

ASTUDILLO, César, *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuilla, Tlaxcala y Chiapas* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004.

ASTUDILLO, César, "La inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en México", en Carbonell, Miguel (Coord.), *En busca de las normas ausentes*, 2ª. Edición, México, UNAM, 2007.

ASTUDILLO, César, "Las entidades Federativas y la Acción por Omisión Legislativa", en *Derecho Constitucional Estatal: Memorias de VI y VII Congresos Nacionales de Derecho Constitucional de los Estados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009.

AYALA CORAO, Carlos "La doctrina de la 'inejecución' de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)", en *Diálogo jurisprudencial en Derecho Humanos (entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales)*, Ferrer Mac-Gregor y Herrera García, Alfonso, (Coord.) Tiran lo Blanch, México, 2013.

AVIÑA MARTÍNEZ, Rogelio, “La omisión legislativa inconstitucional: el caso de la Constitución del Estado de Veracruz-Llave”, en *Iuretec-Centro de Investigación Jurídica*, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Chihuahua, año 2, número 3, México, 2009, Págs. 51-72

BÁEZ SILVA, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional (Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación)*, 4ª. Ed., Tomo I, México, Porrúa, 2003.

BÁEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, Porrúa, México, 2009.

BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª. Ed., Saraiva, São Paulo, 2006

BAZÁN, Víctor, *inconstitucionalidad por omisión*, Santa fe de Bogotá, Colombia, Temis, 1997.

BAZÁN, Víctor, “Aproximación a ciertas técnicas previstas normativamente y dispensadas jurisprudencialmente en el derecho comparado para corregir las omisiones inconstitucionales”, en Bazán Víctor (Coord), *Defensa de la Constitución: Garantismo y Controles*, Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires, 2003. Págs. 831-845

BAZÁN, Víctor, “Posibles vías de corrección de las omisiones inconstitucionales en los ámbitos del derecho público de la ciudad autónoma de Buenos Aires y Provincial Argentino”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional (Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación)*, 4ª. Ed., Tomo IV, México, Porrúa, 2003.

BAZÁN, Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado,” en Carbonell, Miguel (Coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, 2003.

BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales (Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos)*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.

BIDART CAMPOS, Germán J., “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *Anuario Jurídico VI-1979*, IIJ-UNAM, México, Núm.VI, 1979, Págs. 9-18

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, traducción, prólogo y notas bibliográficas de Pablo Lucas Verdú, 3ª. Edición, Tecnos, Madrid, 1987.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Diritto Costituzionale (Istituzioni di Diritto Pubblico)*, XIV Edizione interamente riveduta, Casa Editrice Doot. Eugenio Jovene, Napoli, 1986.

BERNAL PULIDO, Carlos, “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria”, *DOXA filosofía del derecho* (Derechos sociales), edición digital Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005 (edición original: edición digital a partir de *Discusiones: Derechos Sociales*, núm. 4, año 2004), Pág. 99-144. <http://goo.gl/NgwdaF> (fecha de consulta 08-Mayo-2012)

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “La acción mexicana de inconstitucionalidad en el marco del Derecho Comparado: regulación actual y posibles líneas de evolución”, *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional, proceso y constitución*, no. 3, enero-junio, Instituto iberoamericano de derecho procesal constitucional, México, Ed. Porrúa, 2005.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, UNAM, México, 2005.

BREWER-CARÍAS, Allan R., “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en Pérez Royo, Javier, Urias Martínez, Joaquín Pablo, y Carrasco Durán, Manuel (Editores), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 1081-1126.

BREWER-CARÍAS, Allan R., “EL control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del legislador por el juez constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008, Págs. 271-286.

BRÜNNECK, Alexander von, “Constitutional Review and Legislation in Western Democracies”, en LANDFRIED, Christine (Ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden, 1988.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, 4ª edición, México, Porrúa, 1996.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*. Ed. Porrúa, México, 2000.

BUSTOS GISBERT, Rafael, *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005.

BUSTOS GISBERT, Rafael, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", en *Diálogo jurisprudencial en Derecho Humanos (entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales)*, Ferrer Mac-Gregor y Herrera García, Alfonso, (Coord.) Tiran lo Blanch, México, 2013.

CABO MARTÍN, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000.

CABO MARTÍN, Carlos de, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Madrid, Trotta, 2002.

CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y formula política*, CEC, Madrid, 1988.

CANOSA USERA, Raúl, *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, Madrid, Trivium, 1992.

CARBONELL, Miguel, *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, México, U.N.A.M., 1998.

CARBONELL, Miguel (Coordinador), *En busca de las normas ausentes: ensayo sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 1ª. Edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003

CARETTI, P. y CHELI, É. "L'influenza del valori costituzionali sulla forma di govemo: il ruollo della glustlzla costituzionale", en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemigiuridici contemporanei*, a cura di A. PIZZORUSSO e V. VARANO, vol. II, Milán, 1985

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "La jurisprudencia obligatoria de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación", en *Boletín Mexicano de derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXVIII, Número 83, Mayo - Agosto 1995, Págs. 523-562

CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Cuadernos y debates, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 5, Madrid, 1998

CASAL H. Jesús M. "La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas", en *Revista de Derecho Constitucional*, Sherwood, Caracas, n°. 4, Enero-Julio, 2001, Págs. 141-187

CASAL H., Jesús M., "La protección de la Constitución frente a las omisiones," en Ferrer Mac-gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional (Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación)*, 4ª. Ed., Tomo III, México, Porrúa, 2003.

CASAS BAAMONDE, María Emilia, y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, "Los Problemas de la omisión legislativa en la Jurisprudencia Constitucional (ponencia del Tribunal Constitucional de España)", *XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos*, Vilma, mayo, 2008, www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/ES-Lituania%202008.doc (Consultado el 20/febrero/2010)

Caso: Hernann E. Escarrá Malavé: acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional, *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.

CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 30ª edición, México, Porrúa, 1997

CASTRO, Juventino V. *Garantías y Amparo*. Ed. Porrúa, S.A. México, 1986.

CASTRO, Juventino V. *El artículo 105 constitucional*, 4ª ed., actualizada, Porrúa, México, 2001.

CERVANTES ANDRADE, Raúl "La Cultura de respeto de los Derechos Humanos", *Conferencia y debate*, Sala de Juntas de la Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Parlamentario (UCM-Congreso de los Diputados) y Departamento de Derecho Constitucional, 24 de septiembre de 2015

CHAVEZ CASTILLO, Raúl, *Juicio de Amparo*, Oxford University Press, México, 2000.

CORDOVA VIANELLO, Lorenzo, *Nuevo juicio de amparo*. (<http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/46696.html>), El Universal, México, 2009.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Preámbulo de la Constitución de México", en *cuadernos y debates, Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, TORRES DEL MORAL, Antonio y TAJADURA TEJADA, Javier, (Dir.), No. 113, Madrid, CEPC, 2001.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La controversia constitucional*, Porrúa, México, 2008.

DANTAS, Ivo, *Constituição & Processo*, 2ª ed., Juruá Editora, Curitiba, 2007

DERMIZAKY PEREDO, Pablo, “La inconstitucionalidad por omisión”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 6, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, Págs. 63-71.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 61, Enero-Abril, Madrid, 2001, Págs. 81-130.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, España, 2001.

DÍAZ RICCI, Sergio, “Supremacía de la Constitución”, *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tomo II, Morodo, Raúl y de Vega, Pedro (Directores), UNAM-UCM, Madrid, 2001.

DÍAZ RICCI, Sergio, “Crónica 2009 de la Corte Suprema de la Nación de Argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid, 2010, Págs. 429-448.

DIEZ-PICAZO, Luis María, *La Derogación de las Leyes*, Madrid, Civitas, 1990.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, 9ª. Edición, México 1996.

DICCIONARIOS JURÍDICOS TEMÁTICOS, Vol. 7. Oxford University Press, México, año, 2000.

ETO CRUZ, Gerardo, “La Inconstitucionalidad por omisión”, en *Doctrina constitucional*, Instituto de Divulgación y Estudios Jurídicos Constitucionales (INDEJUC), Perú, Trujillo, 1992.

ETO CRUZ, Gerardo, “Una defensa constitucional: La acción por inconstitucionalidad por omisión”, *Constitucionalismo y Derechos Humanos (Ponencias Peruanas)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, Págs. 95-115.

ETO CRUZ, Gerardo, “Una defensa constitucional: La acción de inconstitucionalidad por omisión”, *Defensa de la Constitución: Garantismo y Controles*, Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires 2003, Págs. 807-820.

ENRIQUEZ SOTO, Pedro Antonio, “Inconstitucionalidad por omisión —Estudio teórico—”, *Segundo Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Marzo, 2011.

ESTRADA MARÚN, José Antonio, “Reseñas bibliográficas”, *Cuestiones Constitucionales*, *Revista Mexicana de Derecho constitucional*, número 20, enero-junio, México, IIJ-UNAM, 2009, Págs. 377-390.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado Social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 69, septiembre-diciembre 2003.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Consideraciones en torno a la Jurisprudencia Constitucional de 1994 sobre la Televisión por cable en relación a la inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, no. 48, septiembre-diciembre, Madrid 1996, Págs. 227-240.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La inconstitucionalidad por omisión en Portugal”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, no. 101, julio-septiembre, Madrid, 1998, Págs. 335-359.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, en Carbonell, Miguel (Coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, 2003.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La omisión legislativa en la constitución del estado de Veracruz- Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto”, en Ferrer Mac- Gregor, Eduardo y Vega Hernández, Rodolfo (Coord.) *Justicia Constitucional Local*, México, FUNDAP, 2003.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La omisión legislativa en la constitución del estado de Veracruz- Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional (Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación)*, 4ª. Ed., Tomo IV, México, Porrúa, 2003.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La figura de la inconstitucionalidad por omisión portuguesa ante el siglo XXI”, en TAJADURA TEJADA, Javier (Coord.), *La Constitución portuguesa de 1976, un estudio académico treinta años después*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, Págs. 229 a la 262.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, ediciones Jurídicas, 1994.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en BAZÁN, Víctor, *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Temis, 1997.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º. 22, 2º semestre, Madrid, UNED, 2008, Págs. 95-135

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La búsqueda de nuevos cauces de salvaguarda de la Constitución: La inconstitucionalidad por omisión legislativa”, en *La Justicia Constitucional una Visión del Derecho Comparado*, Tomo I, Madrid, Dykinson, 2009.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El nuevo régimen jurídico de la ação de inconstitucionalidade por omissão: la ley brasileña n.º 12.063, de 27 de octubre de 2009”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid, 2010, Págs. 119-182.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, CEPC 2da. Ed., Madrid, 2012.

FERRER MAC - GREGOR, Eduardo, “La nueva sala Constitucional en el Estado de Veracruz”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional (Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación)*, 4ª. Ed., Tomo IV, México, Porrúa, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo, “Las omisiones estatales y los remedios judiciales para suplirlas en el derecho brasileño y el derecho latinoamericano”, en VON BOGDANDY,

Armin, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y MORALES ANTONIAZZI, Mariela, (Coordinadores,) *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, Pág. 87-105.

FIGUEROA MEJIA, Giovanni Azael, *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*. Porrúa, México, 2011.

FIGUEROA MEJIA, Giovanni Azael, “Omisiones parciales del legislador y sentencia aditivas”, *Segundo Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Marzo, 2011.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano. Las leyes orgánicas”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 2000.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, 1ª. Edición, México, Porrúa, 2009.

FRISCH PHILIPP, Walter y TORRES EYRAS, Sergio, “Inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en Alemania Occidental y en México”, *Anales de jurisprudencia, reedición de “estudios jurídicos”*, tomo 138, México, 1970.

GAMAS TORRUCO, José, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1999.

GAMPER, Anna, “Austria” en *Justicia constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, *Cuadernos y debates*, Javier Tajadura y Josu de Miguel (Coords.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, no. 185, 2008.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “La interpretación Constitucional”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, No. 2. Febrero, España, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª edición, Madrid, Thomson, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho español*, Navarra, Thomson Civitas, 2ª. Edición, 2007.

GARCÍA MARTÍNEZ, Ma. Asunción, Asunción, *El recurso de inconstitucionalidad*,

Triviun, Madrid, 1992.

GARCÍA ROCA, Javier, *El conflicto entre Órganos Constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987.

GARCÍA ROCA, Javier, “Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend: a propósito de un libro de Pablo Lucas Verdú”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 59, enero-marzo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988. Págs. 269-276.

GARCÍA ROCA, Javier, *Los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas* (una aproximación desde la jurisprudencia constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

GARCÍA ROCA, Javier, “Existe un derecho a crear Televisión”, en *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, año 4, nº 10, septiembre-diciembre, Madrid, 1996, Págs. 147-182

GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración” en *Teoría y realidad constitucional*, UNED, no. 20, 2007, Págs. 117-143

GARCÍA ROCA, Javier, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, México, Porrúa, 2009.

GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2010.

GARCÍA ROCA, Javier “Constitutional principles regarding the spanish social security system: a citizen’s right”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, N.º 89, enero-abril, 2014, Madrid, Págs. 65-90

GARRORENA MORALES, Ángel, “La sentencia Constitucional”, *Revista de derecho político*, num.11, UNED, Madrid, 1981, Págs. 7 – 27.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, “El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, no. 69, Madrid, 2007, Págs. 95-130.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador* (Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas), Coimbra Editora, Coimbra, 1982.

GOMES CANOTILHO, José Joaquín, “Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos-O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Protecção contra as Omissões Normativas”, en De Figueiro Teixeira, Sálvio (Coord.), *As Garantis do Cidadão na Justiça*, Saravita, São Paulo, 1993.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15. Núm. 43. Enero-Abril 1995, Pág. 9-23.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª. Ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2003

GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *EL Conflicto entre órganos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, “Derechos Fundamentales y omisión legislativa: de nuevo sobre la televisión”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 84, octubre-diciembre, 1994, Págs. 629 – 651.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

GUASTINI, Riccardo, “La Constitución como límite a la actividad legislativa”, *Derechos y Libertades (Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas)*-Madrid: Universidad Carlos III de Madrid), nº 8, enero-junio, 2000.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.

GUASTINI, Ricardo. "La Constitución como límite a la legislación", en Carbonell, Miguel (Comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. Edición, México, Porrúa, 2002.

HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, selección y traducción Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

HSÜ, Dau-Lin, *Mutación de la constitución*, traducción de Pablo Lucas Verdú y Christian Förster, Instituto Vasco de Administración Pública, D.L., Oñati, 1998.

IHERING, Rudolf Von, *La lucha por el Derecho*, Civitas, Madrid, 1985.

JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la constitución*, (estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú; traducción Christian Förster), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

JIMENA QUESADA, Luis, "Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, número 58-59, Volumen I, Universidad de Valencia, 2007, Págs. 207-225

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

LEAL WILHELM, Salvador, "Inconstitucionalidad por omisión", *Cuestiones Políticas*, n°. 28, enero-junio, Maracaibo, Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público, Universidad del Zulia, 2002, Págs. 53-67

LEIBHOLZ, Gerhard, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

LUCAS VERDÚ, Pablo, *El sentimiento Constitucional*, Reus, Madrid, 1985.

LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar: La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987.

LUNA RAMOS, Margarita Beatriz; FRANCO GONZÁLEZ SALAS, José Fernando; AGUILAR MORALES, Luis María; y VALLS HERNÁNDEZ, Sergio Armando. (Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) entrevistado por GONZÁLEZ, María de la Luz "Urge nueva ley de amparo: SCJN. Están sin aplicar varias partes de reforma, afirman ministros". (<http://www.eluniversal.com.mx/nacion/192788.html>), El Universal, México, 2012.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 1991.

MACEDO NERY FERRARI, Regina María, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, Pág. 373.

MARTÍNEZ ESTRADA, Ricardo "Las sentencias de los Tribunales Constitucionales", en *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, Edgar Corso Sosa (Coord), IIJ-UNAM, 2009.

MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, Enrique, "Prologo de libro" en Ferrer Mac- Gregor, Eduardo y Vega Hernández, Rodolfo (Coord.), *Justicia Constitucional Local*, México, FUNDAP, 2003.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso, “Justicia Constitucional en Chiapas”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional (Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación)*, Tomo IV, México, Porrúa, 2003.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

MIRANDA, Jorge, “La justicia constitucional en Portugal”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 1, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, Pág. 325- 356.

MODESTO, Paulo, “Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica”, *Revista de Direito Público*, Ano 25, n.º 99, Julho/Setembro, 1991.

MONTOYA ZAMORA, Raúl, “Acciones por omisión legislativa como medio de control constitucional en materia electoral”, *Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, cuarta época, Vol. 1, número 5, México, 2010.

MORALES SOTO, Mariela de Jesús, “La justicia constitucional. Inconstitucionalidad por omisión legislativa. La sala constitucional y las omisiones del poder legislativo”, *Revista de Derecho Constitucional*, n.º. 4, Enero-Julio, Caracas: Sherwood, 2001, Págs. 327-348.

MORÓN URBINA, Juan Carlos, “La Omisión Legislativa Inconstitucional y su tratamiento jurídico”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional, (Tribunal Constitucional)*, no. 1, 1999, Págs. 447 – 481.

MORESO, José Juan, “Conflicto entre principios constitucionales”, en Carbonell, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003.

MORTATI, Constantino, “Appunti per uno Studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore,” en *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Racolta di scritti* Vol. III, Giuffrè, Milán, 1972. (Este trabajo también se encuentra en *Il Foro italiano*, 1970)

NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de amparo*. Ed. Porrúa, México, 1975.

NUÑEZ VALADEZ, Miguel Antonio, *La omisión legislativa y control judicial de carácter abstracto: un análisis a partir del constitucionalismo*, tesis de licenciatura, Instituto Tecnológico Autónomo de México-ITAM, México, 2010.

PALENQUE DENCKER, Daniela del Carmen, *La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en Bolivia*, tesis de maestría, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.

PASTOR BADILLA, Claudia y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Eduardo, “La omisión legislativa en la Protección de los Derechos Políticos”, *Revista Justicia Electoral*, No. 2, Tercera época, Volumen 1, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, Págs. 275-291.

PÉREZ ROYO, Javier, voz “Inconstitucionalidad por omisión”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1995, Págs. 3 501 y Ss.

PESCHARD, Jacqueline, *La cultura política democrática*, Instituto Federal Electoral, México D. F., 1994

PIBERNAT DOMENECH, Xavier, “La sentencia constitucional como fuente del derecho”, *Revista de Derecho Político*, número 24, UNED, Madrid, 1987, Pág. 57-85

PIOVESAN, Flávia C. “Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção”, en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1995.

PIOVESAN, Flávia, “Proteção judicial contra omissões legislativas”, en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2003.

PIRES ROSA, André Vicente, *Las omisiones legislativas y su control constitucional*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, “*Metodología Jurídica*,” México, Porrúa, 1996.

PRIETO SACHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

QUARESMA, Regina, *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e prática*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.

RAMOS TAVARES, André, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2007

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, “La acción de Inconstitucionalidad por omisión legislativa en la constitución Mexicana. Un avance en el acceso a la justicia Constitucional”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm.18, enero- junio, México, UNAM, 2008.

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, “El control de las omisiones Legislativas en México, una invitación a la reflexión”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio por sus 50 años como investigador*, Volumen. 8, Procesos constitucionales orgánicos, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrera, Arturo (Coord.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008.

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. *La inconstitucionalidad por omisión legislativa, Teoría y su Control Jurisdiccional en México*, Porrúa, México, 2009.

REALE, Miguel, *O direito como experiencia*, Saraiva, São Paulo, 1968.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional, BOE, 2001.

Revista de Derecho Administrativo JUSTICIA ADMINISTRATIVA, no 48, Julio, Lex Nova, España, 2010, Págs. 108 y 109.

Revista de Derecho Administrativo JUSTICIA ADMINISTRATIVA, no 50, año XII, 4º. Trimestre, Lex Nova, España, 2010.

Revista de Derecho Administrativo JUSTICIA ADMINISTRATIVA, no 51, año XIII, 1er. Trimestre, Lex Nova, España, 2011, Págs. 91 y 92

RODRÍGUEZ CHANDOQUÍ, Pedro, *La derogación de la formula otero en el proyecto de la nueva ley de amparo*, Tesis de licenciatura, Estudios Superiores de Tuxtla, mayo, 2001, Págs.71 - 73

RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

RUBIO LLORENTE, Francisco, “La Constitución como fuente de derecho”, en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Vol. I, Madrid, 1979.

RUIZ MIGUEL, Carlos, “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista de Las Cortes Generales*, no. 51, Congreso de los Diputados, Madrid, 2000, Pás. 117- 134.

RUIZ MIGUEL, Carlos, “L'incostituzionalità per omissione”, *Quaderni Costituzionali*, Il Mulino, Bologna, n° 4, Dicembre, 2003, Págs. 795-810

SAGÜÉS, María Sofía, “Garantías de control de la inconstitucional por omisión,” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional (Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación)*, 4ª. Ed., Tomo IV, México, Porrúa, 2003, Págs. 3,087 – 3,125.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro,” en *Inconstitucionalidad por omisión*, Bazán, Víctor (Coord.), Colombia, Temis, 1997, Págs. 109-122

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la inconstitucional por omisión,” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional (Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación)*, 4ª. Ed., Tomo IV, México, Porrúa, 2003, Págs. 3,127.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución* (2ª ed.), Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, número 58-59, Volumen I, Universidad de Valencia, 2007, Págs. 253-264.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2009, Págs. 71-79.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Nuevas fronteras de la inconstitucionalidad por omisión. Los tribunales constitucionales en Latinoamérica como legisladores suplentes y precarios”, *VIII Congreso Mundial de la Asociación internacional de Derecho Constitucional, (Constituciones y principios)*, 6-10 de diciembre, México, D.F., 2010.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Mecanismos Procesales para superar la omisión legislativa”, *Segundo Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Marzo, 2011, Pág. 49.

SAMANIEGO SANTAMARIA, Luis Gerardo, “La Acción por Omisión Legislativa como Medio del Control Constitucional en el estado de Quintana Roo,” en Gámiz Parral,

Máximo N., Astudillo Reyes César I., De los santos Olivo, Isidro, y Armienta Hernández, Gonzalo (Coords.), *Derecho Constitucional Estatal, Memorias del VI y VII Congresos Nacionales de Derecho Constitucional de los Estados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009.

SÁNCHEZ URRUTIA, Ana, "Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 58, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, Págs. 105-135.

SANTAOLALLA, Fernando, "Televisión por cable y control de omisiones del legislador (en torno a la STC 31/1994, de 31 de enero) epílogo sobre la televisión privada (STC 127/1994)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, (Mayo-Agosto), no. 41, Madrid, 1994, Págs. 173-185.

SANTOS FLORES, Israel, *La omisión legislativa en materia tributaria. El caso de México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011.

SCHAPIRO, Robert A. "The legislative injuriction: A remedy for unconstitutional legislative inaction", *The Yale Law Journal*, New Haven: Yale law School, Vol. 99.IV.1, 1989, Págs. 231-250

SCHAPIRO, Robert, "El mandamiento judicial legislativo: Una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador", Traducción de Carlos Ruiz Miguel y Joaquín Brague Camazano, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia: Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política, n°. 20 y 21, verano y otoño, 1998. Págs. 73-96

¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2004.

SILVA MEZA, Juan N. *Entra en vigor décima época del semanario judicial de la federación*, SCJN, México, 2011. (<http://www2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/>).

SIERRA SÁNCHEZ, Luís Alfredo, "La justicia constitucional en el estado de Chiapas (descripción de los medios de control constitucional adoptados en 2002)", en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (Coords.), *La Justicia constitucional en la entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.

STERN, Klaus, *Derecho del estado de la republica federal alemana*, CEC, Madrid, 1987.

TAJADURA TEJADA, Javier, *El preámbulo constitucional*, Comares, Granada, 1997.

TAJADURA TEJADA, Javier, “Estudios preliminar: Valor jurídico y función política de los preámbulos constitucionales” y “Preámbulo de la Constitución de España de 1978”, en *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Torres Del Moral, Antonio y Tajadura Tejada, Javier, (Dir.), cuadernos y debates, No. 113, Madrid, CEPC, 2001

TAJADURA TEJADA, Javier, “Reflexiones en torno a una figura polémica: La inconstitucionalidad por omisión”, *Defensa de la Constitución: Garantismo y Controles*, Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar , 2003, Págs. 821—830.

TAJADURA TEJADA, Javier (Coord.), *La Constitución portuguesa de 1976, un estudio académico treinta años después*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

TAJADURA TEJADA, Javier, “La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales,” en Carbonell, Miguel (Coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión*, 2ª. Ed. México, UNAM, 2007.

TENA SUCK, Antonio y RIVAS TORRES, Rodolfo, *Manual de Investigación Documental*, (2da. Reimp.), Editorial Plaza y Valdés, México, D.F. 2000

TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco “A modo de sugerencia: notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador”, en *El Parlamento y sus Transformaciones Actuales*, Madrid, Tecnos, 1990.

TORRES MURO, Ignacio, *La legitimación en los procesos constitucionales*, 1ª edición, Madrid, Reus, 2007.

TORRES MURO, Ignacio, “Problemas de legitimación en los procesos constitucionales”, *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, no. 71-72, Enero-Agosto, Madrid, 2008, Págs. 607-640.

UROS MAGGI, Daniela, “Control Judicial de las Omisiones Legislativas a la Luz de la Jurisprudencia Constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, no. 101, enero-marzo 2005, Venezuela, Ed. Jurídica Venezolana, Págs. 7-25.

VAGLI, Giovanni, “Prime riflessioni sul controllo di costituzionalità per omissione in Portogallo”, *Diritto e Società*, Nuova Serie, n. 4, CEDAM, Padova, 1997, Págs. 573-590.

VALADÉS, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2004.

VELOSO, Zeno, *Controle jurisdiccional da constitucionalidade*, 3ª. ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2003.

VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

VERGOTTINI, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones*, prólogo de Javier García Roca; traducción de Pedro J. Tenorio Sánchez, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2010.

VERGOTTINI, Giuseppe de, “El diálogo entre tribunales”, en *Diálogo jurisprudencial en Derecho Humanos (entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales)* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, (Coord.) Tiran lo Blanch, México, 2013.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “L'incostituzionalita per omissione dei silenzi del legislatore”, *Giurisprudenza Costituzionale*, noviembre-diciembre, n. 6, Giuffrè, Milano, 1996, Págs. 3,961-3,999.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 8, Murcia, Asamblea Regional, 1996, p. 117-152.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional” en Carbonell, Miguel (Coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, 2003

VECINA CIFUENTES, Javier, “El control por el Tribunal Constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad”, *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 1, núm. 2, 1993-1994, P. 487- 494.

WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Constitución Mexicana: Reforma y mutación*, Porrúa, México, 2010

ZAGREBELSKI, Gustav “La Corte Costituzionale e il legislatore”, en *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, S. E. II Mulino.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1988.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2ª edición, Porrúa, México, 2004.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) entrevistado por GONZÁLEZ, María de la Luz “*Hace corte tarea de legisladores. El poder judicial de la federación está preparado para aplicar la reforma en materia de amparo, que entra hoy en vigor*”. (<http://goo.gl/QlefVn>), El universal, México, 2011.

ANEXO: SUMMARY OF THE DOCTORAL THESIS

Title: "The controversial unconstitutional legislative inaction"

INTRODUCTION

The main purpose of this research was to demonstrate the existence of unconstitutionality by legislative omission in Mexico. We also compare the models of omissions in other countries —comparative law—.

Due to the above it is necessary to make clear that we do not judge either for or against the unconstitutionality by legislative omission. We analyze this mechanism in the models incorporated into constitutions as constitutionality control, and the jurisprudential model, which are examined through interpretative judgments.

As a starting point to study legislative omissions in Mexico, we relied primarily on two studies. The first dating from 1970, is a seductive article published by Walter FRISCHI PHILIPP, and Sergio TORRES EYRAS, entitled "Unconstitutional legislative omissions in West Germany and Mexico". In this essay the main goal pursued was to draw attention of the mexican jurists to issues relating to legislative omissions, as well to stimulate discussion about this interesting field.

As a second historical study of this technique, in 1978, Professor German BIDART CAMPOS presented a paper entitled "Constitutional justice and unconstitutionality by omission" at the II Mexican Conference of Constitutional Law.

RESEARCH DEVELOPMENT

Justification of the study. One of the reasons of the current study in Mexico is that we can find the omissions in two ways or sources: the first at the federal level, through interpretative judgments in various matters solved the Supreme Court of Justice using processes such as the *juicio de amparo*, the constitutional controversy and unconstitutionally actions. The second at the local level through the legal inclusion into local constitutions of several states of the Mexico, called the current state constitutional jurisdiction.

With respect to the constitutional local jurisdiction, currently there are eight states that have this technique: Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Coahuila, Nayarit, Querétaro and Yucatán; and two more, Guerrero and Tabasco, have projects or initiatives of constitutional reform in this area. But it is equally clear that there is not enough information on it and that the impact on a deficient institutional design can only be tangible later, when the courts will resolve issues relating to this figure.

Indeed as we have noticed, in certain states of Mexico this technique exists on the positive form, but have little awareness of it in the theoretical perspective and, above all, in the case law. Against this background, it is essential to analyze how states have incorporated this constitutional process to its constitutional framework, especially in Chiapas, to carry out in a second stage, a comparison between the findings and rulings handed down by the Supreme Court of the Nation, and to outline the basic lines to understand the legislative omissions in Mexico.

This leads us to understand that it lacks a theory that contributes to support its introduction through the exposure of its foundations and focuses into explain its concept, types, forms and scope, as well to justify the need and its contribution to the realization of the due performance of the constitutional provisions. In this sense, we can say that we only have jurisprudence and positive information, but we still

lack from the doctrinal framework of the unconstitutionality by legislative omission.

It is important to note that the issue regarding to the unconstitutionality by legislative omission, may constitute one of the most stormy and simultaneously fascinating subjects of Constitutional Law of our time. On this issue worths answering:

- a. What is the role to be assumed by the legislator in the process of constitutional fulfillment?.
- b. Should we try to determine what is meant for unconstitutionality by omission?.
- c. Which are the techniques to deal with the control of such omissions?.
- d. Which is the body or bodies responsible for the control and accuracy of the effects of court decisions to effect?

General objective. The primary general aim of this research was to outline a brief and joint vision of the existence and regulation of legislative omissions in Mexico, particularly in the State of Chiapas. Being revealing the flow that this mechanism has had in the international framework of Comparative Law, taking into consideration the jurisprudential treatment. So we can say that much remains to consolidate this figure in our country.

Specific objectives. This dissertation develops several specific objectives, among which, the following can stand out:

- a). We provide some definitions of unconstitutional legislative inaction broadly define later strict and narrow sense.
- b). We study in a concrete way some solutions given by the Supreme Court of Justice of Mexico over the unconstitutional legislative omissions, through the *amparo*, constitutional controversy and actions of unconstitutionality.

c) We also describe the solutions provided by the constitutionalism of the different states of Mexico. Among these solutions we examined the model of the omissions under the Constitution of the State of Chiapas, and;

d) Finally, we analyze the phenomenon of the Constitutional Court, as *substitute and precarious legislators*.

Research limitations. Some traditional obstacles or limitations that have historically faced omissions are critical junctures, or are linked to the adoption of new techniques of constitutional control.

Another difficulty is that there is no unanimity in doctrine because its definition and scope. Different countries have addressed this issue asymmetrically in their own legislative orders, but due to their particular idiosyncrasies and constitutional culture they have obtained various characteristics and effects.

This is in addition to, not all countries include this technique in their constitutions -as the Federal system in Mexico- yet many countries have adopted jurisprudential solutions by *interpretative judgements* through their Constitutional Courts, in cases raised before them.

Theoretical framework. Regarding the theoretical framework used as the basis for this research is provided by the perspective of contemporary theories of controls of the Constitution, defense mechanisms of the constitution, and interpretative judgments, among others.

For the development of this research, it was necessary to consider the contributions of different theoretical and practical notions, because it could hardly fall within a single.

Large part of this thesis uses the technique of documentary research, through which it was possible to establish the descriptive and

informative sistematization, in which we focused on gathering information through books, journals, anthologies, reports, essays, statistics, and memories.

The historical method was also used because by this was possible to resume different aspects and background that have led to the current situation.

Deductive method was considered, because from a general context we came into the particularity of legislative omissions with respect to the criteria issued by the Supreme Court of Justice of Mexico, the model established by eight mexican states and particularly Chiapas.

In all the research we did mention foreign references, using the comparative method to establish studies of jurisprudence correlation in which we analyze some cases solved especially in Spain, through the Constitutional Court, and compare them to the extent possible the criteria of the Supreme Court of Justice of Mexico, the model developed by the Constitution of the State of Chiapas, and the various strategies extracted from concrete examples of the jurisprudential experience of European Court of Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights and other constitutional courts.

Structure of the thesis. The study of the omissions in this thesis was then structured: in Chapter I, we tried to conceptualize the unconstitutional legislative inaction; in Chapter II, we highlight its justification as constitutionality control; Chapter III, we study the procedural setting in the field of comparative law; in Chapter IV, we analyze the federal case in Mexico, through some cases -interpretative judgments- solved by the Supreme Court of Justice of Mexico; in Chapter V, we describe the incorporation of this tool into some state constitutions, emphasizing on the Constitution of the State of Chiapas, since it currently provides higher and more interesting elements to this technique over other state constitutions; finally, in Chapter VI, we

briefly examine the phenomenon of the Constitutional Courts as alternates and precarious legislators, where constitutional courts issue the bases or omissive laws.

CONCLUSIONS

In this summary we highlight the following conclusions.

FIRST. At the international level, equally important is for European and Latin American constitutional jurisdiction the issue of the unconstitutional legislative inaction. Proof of this has been the XIV Conference of European Constitutional Courts held in Vilnius, Lithuania in 2008, whose central subject was entitled "Problems of legislative omission in constitutional jurisprudence" . With regard to the Latin American system, at the VII Conference on Constitutional Justice, held in Yucatan, Mexico, in 2009, the main theme was "The interpretive methods of Latin American Constitutional Courts", there the issue of legislative omissions was also discussed on the table "c".

SECOND. We can point with certainty that in academia for decades have studied the omissions in Mexico, through the work outlined earlier in this summary. The first work is from WALTER FRISCHI PHILIPP and Sergio TORRES EYRAS (in 1970), the second of Germán BIDART CAMPOS (1978). Regardless of other works in comparative law such as WESSEL (Germany in 1952) and MORTATI (Italy, in 1970 and 1972). With the afore mentioned, we prove that the technique that we analyzed in this work, is not new in Mexico.

THIRD. The former Yugoslavia was "innovative" when it created the abstract control of legislative omissions. The model designed in Yugoslavia traveled to Portugal, later joining the Brazilian Constitution. Thus, Brazil became the first country in Latin America, to develop this technique in its Constitution.

FOURTH. When the power of the Constitution, the supremacy of the Constitution, the transformative role of Social Law and the mandates of the legislator are at stake, we are not going beyond when no one –not even the judiciary- has the power to weaken or render inoperative these principles. We must shift the gaze to the Comparative Law for ruling examples that, taking into account the constitutionality control they note how it must be the law or the amendment of the law to be compatible with the Constitution; or how to fulfill a law when its rules have incurred in unconstitutional exclusions.

FIFTH. We believe that in the interpretative judgments it exists an integrative action taken through the typical legislative function, adding a new rule of law, although this could be –and often is thought to be– implicit in the Constitution. This creative capacity of the Court, is evident in his interpretation activity, where this is more important, then perhaps worth reminding Rudolf SMEND with the integrative function.

SIXTH. We show and emphasize that the Supreme Court of Justice of Mexico has its own legal criteria on this issue of unconstitutional legislative inaction. That said, the consolidated jurisprudence has served to declare the source of the omissions jurisprudence called **"legislative omissions, their types."**

Is important to emphasize that in the judgment of the Constitutional Controversy 80/2004 **"Municipal public services. Legislative omission of the Chihuahua State Congress"**, the Court established a definition of unconstitutional legislative inaction.

SEVENTH. As for the state constitutional jurisdiction, the main contribution outlining our work, is the part referring to the model set in the State of Chiapas, since it has been the first formally established Constitutional Court in Mexico. Also because we found that the state Constitution has mechanisms of control of constitutionality, higher than those of the Federal Constitution of Mexico.

We emphasize the development that has taken in recent years *the state constitutional jurisdiction in Mexico*. So in our country, there are several states that have followed a tendency to institute in their local constitutions some procedures for the defense or control of these state top legal rulings, with different variants, treatments and figures. Especially the action by legislative omission.

EIGHTH. Finally, the phenomenon of the Courts as alternates and precarious legislators, -examined in Chapter VI- leave a bittersweet taste. Where the sourness seems to be the predominant flavor, revealing otherwise in many cases, and for different reasons, and unsuccessful experiences, which makes these procedural institutions in some cases to being in quasi-vegetative state. Phenomenon that currently takes place in Latin America.

BIBLIOGRAPHY

See pages 375 to 395 of this thesis.